



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 1, 1987 Vol. 2**

**1<sup>er</sup> cahier, 1987 Vol. 2**

Cited as [1987] 2 S.C.R. 2-287

Renvoi [1987] 2 R.C.S. 2-287

---

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, L.L.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, 1987.

## CONTENTS

### C.(G.) v. V.-F.(T.) ..... 244

Family law — Child custody — Parental authority — Condition for awarding custody to third person — Whether serious cause exists, within meaning of art. 654 C.C.Q., for partial deprivation of the person having parental authority by divesting him of his custody right — Whether criterion of child's interest stated in art. 30 C.C.L.C. allows the exercise of custody to be awarded to third person in the absence of serious cause attributable to person having parental authority — Whether the distinction between "physical" custody and "legal" custody accepted in the civil law of Quebec.

Judgments and orders — *Res judicata* — Child custody — Dismissal of motion for custody of children submitted by third person — New facts — New motion for custody allowed — Judgment concerning children reviewable at any time whenever circumstances so justify.

### Frame v. Smith ..... 99

Practice — Motion to strike — Family law — Appellant (a non-custodial parent) deliberately denied access to children notwithstanding court orders specifying access — Respondents' conduct resulting in appellant's incurring considerable expense and undergoing severe emotional and psychic stress — Whether or not appellant has a right of action based on respondents' interference with his legal right of access to his children — Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, s. 69(4) — Children's Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 68 (as am.), ss. 19(a), (d), 24, 35, 36, 37(1), (2), (5), 38, 39, 40 — Ontario Rules of Practice, Rule 126.

*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

Arrêtiŕte en chef  
ANNE ROLAND, L.L.L.

Arrêtiŕtes  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
CLAUDE MARQUIS, L.L.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, 1987.

## SOMMAIRE

### C.(G.) c. V.-F.(T.) ..... 244

Droit de la famille — Garde d'enfants — Autorité parentale — Condition d'attribution de la garde à un tiers — Existe-t-il un motif grave au sens de l'art. 654 C.c.Q. qui permette de prononcer la déchéance partielle du titulaire de l'autorité parentale en lui retirant son droit de garde? — Le critère de l'intérêt de l'enfant énoncé à l'art. 30 C.c.B.-C. permet-il d'attribuer l'exercice de la garde à un tiers en l'absence d'un motif grave imputable au titulaire de l'autorité parentale? — La distinction entre la garde «physique» et la garde «légale» est-elle admise en droit civil québécois?

Jugements et ordonnances — Chose jugée — Garde d'enfants — Rejet de la requête pour garde d'enfants présentée par un tiers — Faits nouveaux — Nouvelle requête pour garde accueillie — Jugement relatif aux enfants révisable à tout moment lorsque les circonstances le justifient.

### Frame c. Smith ..... 99

Pratique — Requête en radiation — Droit de la famille — Refus délibéré à l'appelant (un parent non gardien) du droit de visite à l'égard de ses enfants malgré des ordonnances du tribunal à cet effet — Conduite des intimés causant à l'appelant des frais considérables et un grave stress émotionnel et psychique — L'appelant a-t-il un droit d'action fondé sur l'ingérence des intimés dans son droit légal de visite à l'égard de ses enfants? — Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 69(4) — Loi portant réforme du droit de l'enfance, L.R.O. 1980, chap. 68 (mod.), art. 19a), d), 24, 35, 36, 37(1), (2), (5), 38, 39, 40 — Règles de pratique de l'Ontario, art. 126.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Family law — Custody and access — Non-custodial parent deliberately denied access to children notwithstanding court orders specifying access — Denial of access resulting in appellant's incurring considerable expense and undergoing severe emotional and psychic stress — Whether or not appellant has a right of action based on respondents' interference with his legal right of access to his children.

### **Holt v. Telford** ..... 193

Actions — Pleadings — Counter-claim and set-off — Land swap and exchange of mortgages — One of mortgages assigned hence affecting mutuality — Whether or not set-off available, either at law or equity.

### **OPSEU v. Ontario (Attorney General)** ..... 2

Constitutional law — Division of powers — Province restricting political activity of provincial civil servants and Crown employees in federal elections — Whether or not restrictions *intra vires* the province — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92(1), (4), (13) — Constitution Act, 1982, s. 45 — The Public Service Act, R.S.O. 1970, c. 386, ss. 12(1), (2), (3), (4), (5), 13(1), (2), 14, 15, 16, now R.S.O. 1980, c. 418.

### **R. v. Monteleone** ..... 154

Criminal law — Directed verdict — Circumstantial evidence — Arson — Motion for a directed verdict of acquittal — Test to be applied by the trial judge.

Evidence — Arson — No direct evidence of the unlawful setting of the fire — Whether the incendiary origin of the fire may be proved by circumstantial evidence.

### **R. v. Yebe** ..... 168

Criminal law — Appeal — Unreasonable verdict — Test — Accused convicted of murder on circumstantial evidence — Interpretation and application of s. 613(1)(a)(i) of the Criminal Code.

Criminal law — Evidence — Sufficiency — Charge of murder — Evidence of motive and opportunity — Whether accused had exclusive opportunity to commit crime.

Criminal law — Calling of witnesses — Murder conviction — Whether Crown failed to call a material witness.

Criminal law — Appeals to the Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Questions of law — Accused's appeal based on s. 613(1)(a)(i) of the Criminal Code dismissed by Court of Appeal — Whether s. 613(1)(a)(i) raises a question of law which can be reviewed by the Supreme Court under s. 618 of the Criminal Code.

### **Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)** ..... 59

Constitutional law — Distribution of powers — Criminal law power — Nudity — Provincial liquor licensing legislation providing for live entertainment licences subject to conditions — Conditions prohibiting nude entertainment — Whether or not provincial conditions an infringement on criminal law and hence *ultra vires* — Constitution Act, 1867, s. 92(13) —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Droit de la famille — Garde et droit de visite — Refus délibéré au parent non gardien du droit de visite à l'égard de ses enfants malgré les ordonnances du tribunal à cet effet — Refus du droit de visite causant à l'appelant des frais considérables et un grave stress émotionnel et psychique — L'appelant a-t-il un droit d'action fondé sur l'ingérence des intimés dans son droit légal de visite à l'égard de ses enfants?

### **Holt c. Telford** ..... 193

Actions — Conclusions — Demande reconventionnelle et compensation — Échange de biens-fonds et d'hypothèques — Cession d'une des hypothèques touchant à la réciprocité — Possibilité d'obtenir soit la compensation en *common law*, soit la compensation en *equity*.

### **R. c. Monteleone** ..... 154

Droit criminel — Verdict imposé — Preuve circonstancielle — Crime d'incendie — Requête en vue d'obtenir un verdict imposé d'acquiescement — Critère applicable par le juge du procès.

Preuve — Crime d'incendie — Aucun élément de preuve direct que le feu a été mis illégalement — L'origine criminelle du sinistre peut-elle être démontrée par une preuve circonstancielle?

### **R. c. Yebe** ..... 168

Droit criminel — Appel — Verdict déraisonnable — Critère — Accusé déclaré coupable de meurtre d'après une preuve circonstancielle — Interprétation et application de l'art. 613(1)a)(i) du Code criminel.

Droit criminel — Preuve — Suffisance — Accusation de meurtre — Preuve de mobile et d'occasion — L'accusé a-t-il eu une occasion exclusive de commettre le crime?

Droit criminel — Citation des témoins à comparaître — Condamnation pour meurtre — Le ministère public a-t-il omis de citer un témoin essentiel?

Droit criminel — Pourvois à la Cour suprême du Canada — Compétence — Questions de droit — Rejet par la Cour d'appel de l'appel de l'accusé fondé sur l'art. 613(1)a)(i) du Code criminel — L'article 613(1)a)(i) soulève-t-il une question de droit qui peut être examinée par la Cour suprême aux termes de l'art. 618 du Code criminel?

### **Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)** ..... 59

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Compétence en matière de droit criminel — Nudité — Loi provinciale sur les licences et permis d'alcool prévoyant la délivrance de licences de spectacles sur scène sous réserve de certaines conditions — Conditions interdisant les spectacles de nudité — Ces conditions provinciales empiètent-elles sur le droit criminel et sont-elles inconstitutionnelles? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 159(2)b), 163, 169, 170, 171 — Loi sur la réglementation des alcools, L.R.N.-B. 1973, chap. L-10, art. 63.01.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 159(2)(b), 163, 169, 170, 171 — Liquor Control Act, R.S.N.B. 1973, c. L-10, s. 63.01.

### **Robichaud v. Canada (Treasury Board) ..... 84**

Civil rights — Infringement — Liability — Female employee sexually harassed by male supervisor — Whether or not employer liable for supervisor's actions — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2, 3, 7(a), (b), 41(2), (3).

### **Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand ..... 219**

Administrative law — Evocation — *Audi alteram partem* — Breaches of provincial statute — Decision to hear case other than in judicial district where it arose made in absence of parties and without prior notice — Breach of *audi alteram partem* rule — Writ of evocation granted — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 128 — Code of Civil Procedure, arts. 846, 847.

Administrative law — Evocation — *Audi alteram partem* — Breaches of provincial statute — Hearing setting trial date held in absence of parties and without prior notice — Setting of trial date not purely administrative act — Breach of *audi alteram partem* rule — Writ of evocation granted — Code of Civil Procedure, arts. 846, 847.

Labour law — Labour Court — Jurisdiction — Breaches of provincial statute — Failure to proceed at time and place set — Whether Court lost its jurisdiction — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 128.

## SOMMAIRE (Fin)

### **Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor) ..... 84**

Libertés publiques — Violation — Responsabilité — Employée harcelée sexuellement par un surveillant — L'employeur est-il responsable des actes du surveillant? — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 2, 3, 7a), b), 41(2), (3).

### **SEFPO c. Ontario (Procureur général) ..... 2**

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Restriction par une province des activités politiques des fonctionnaires et employés de Sa Majesté dans le cadre d'élections fédérales — Ces restrictions relèvent-elles de la compétence de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92(1), (4), (13) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 45 — The Public Service Act, R.S.O. 1970, chap. 386, art. 12(1), (2), (3), (4), (5), 13(1), (2), 14, 15, 16, maintenant R.S.O. 1980, chap. 418.

### **Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand ..... 219**

Droit administratif — Évocation — *Audi alteram partem* — Infractions relatives à une loi provinciale — Décision d'instruire la cause ailleurs que dans le district judiciaire où elle a pris naissance rendue en l'absence des parties et sans avis préalable — Violation de la règle *audi alteram partem* — Bref d'évocation accordé — Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 128 — Code de procédure civile, art. 846, 847.

Droit administratif — Évocation — *Audi alteram partem* — Infractions relatives à une loi provinciale — Audience fixant la date du procès tenue en l'absence des parties et sans avis préalable — Fixation de la date du procès ne constituant pas un acte de pure administration — Violation de la règle *audi alteram partem* — Bref d'évocation accordé — Code de procédure civile, art. 846, 847.

Droit du travail — Tribunal du travail — Jurisdiction — Infractions relatives à une loi provinciale — Défaut de procéder à l'heure et à l'endroit fixés — Le tribunal a-t-il perdu sa juridiction? — Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 128.

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 2, 1987**

**2<sup>e</sup> volume, 1987**

**Ontario Public Service Employees' Union,  
Marie Wilkinson, Edward E. Faulknor and  
Russell B. Smith** *Appellants*

v.

**Attorney General for Ontario** *Respondent*  
and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General of Quebec, the Attorney  
General of Nova Scotia, the Attorney General  
for New Brunswick, the Attorney General of  
British Columbia, the Attorney General for  
Saskatchewan and the Attorney General for  
Alberta** *Intervenors*

INDEXED AS: OPSEU v. ONTARIO (ATTORNEY  
GENERAL)

File No.: I6464.

1986: March 18, 19; 1987: July 29.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre,  
Chouinard\*, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Division of powers — Province  
restricting political activity of provincial civil servants  
and Crown employees in federal elections — Whether  
or not restrictions intra vires the province — Constitu-  
tion Act, 1867, ss. 91, 92(1), (4), (13) — Constitu-  
tion Act, 1982, s. 45 — The Public Service Act, R.S.O.  
1970, c. 386, ss. 12(1), (2), (3), (4), (5), 13(1), (2), 14, 15,  
16, now R.S.O. 1980, c. 418.*

The Ontario Public Service Employees' Union is bargaining agent for Government of Ontario employees subject to *The Public Service Act* and each of the individual appellants is a Crown employee, a civil servant and a member of the appellant union. Each individual appellant wishes to engage in political activities currently prohibited by *The Public Service Act*, including: running for election to Parliament without taking a leave of absence; canvassing and soliciting funds on behalf of federal political parties; and expressing opinions in public on federal political issues. The appellants are concerned that pursuit of these political

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

**Syndicat des employés de la Fonction  
publique de l'Ontario, Marie Wilkinson,  
Edward E. Faulknor et Russell B. Smith**  
*Appelants*

<sup>a</sup>

c.

**Le procureur général de l'Ontario** *Intimé*  
et

<sup>b</sup>

**Le procureur général du Canada, le procureur  
général du Québec, le procureur général de la  
Nouvelle-Écosse, le procureur général du  
Nouveau-Brunswick, le procureur général de  
la Colombie-Britannique, le procureur général de  
l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: SEFPO c. ONTARIO (PROCURER  
GÉNÉRAL)

<sup>d</sup>

N° du greffe: 16464.

1986: 18, 19 mars; 1987: 29 juillet.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,  
McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Le Dain et La Forest.

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

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs —  
Restriction par une province des activités politiques des  
fonctionnaires et employés de Sa Majesté dans le cadre  
d'élections fédérales — Ces restrictions relèvent-elles  
de la compétence de la province? — Loi constitu-  
tionnelle de 1867, art. 91, 92(1), (4), (13) — Loi constitu-  
tionnelle de 1982, art. 45 — The Public Service Act,  
R.S.O. 1970, chap. 386, art. 12(1), (2), (3), (4), (5),  
13(1), (2), 14, 15, 16, maintenant R.S.O. 1980, chap.  
418.*

Le Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario est l'agent négociateur des employés du gouvernement de l'Ontario qui sont assujettis à *The Public Service Act* et chacun des appelants est un employé de Sa Majesté, un fonctionnaire et un membre du syndicat appellant. Chacun d'eux souhaite exercer des activités politiques présentement interdites par *The Public Service Act*, dont la possibilité de se porter candidat à des élections fédérales sans avoir à prendre un congé à cette fin, celle de faire du démarchage et de solliciter des fonds pour des partis politiques fédéraux et celle de prendre position publiquement sur des questions politi-

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

activities would subject them to disciplinary measures pursuant to *The Public Service Act*. A motion for an order declaring ss. 12-16 of the Act unconstitutional was heard prior to the coming into force of the *Charter* and proceeded simply on distribution of powers grounds. The motion was denied by Labrosse J. The Court of Appeal affirmed this decision and the underlying rationale that provincial jurisdiction was grounded in s. 92(13) of the *Constitutional Act, 1867*. The three constitutional questions stated before the Supreme Court of Canada dealt with ss. 12-16 of *The Public Service Act*. Were these sections unconstitutional or inoperative in that (1) they purported to restrain provincial civil servants and Crown employees from engaging in certain federal political activity, (2) they contravened ss. 2, 3 and/or 15(1) of the *Charter*, and (3) if so, whether or not they were justified under s. 1 of the *Charter*. Following this Court's decision on a preliminary issue that it would not hear or decide *Charter* issues, the case proceeded on submissions based upon the distribution of legislative powers and argument relying upon certain statements in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455.

*Held*: The appeal should be dismissed and the first constitutional question answered in the negative.

*Per* Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ.: The impugned provisions constitute an ordinary legislative amendment of the constitution of Ontario, within the meaning of s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*, and they also relate to the tenure of provincial office within the meaning of s. 92(4). The legislation cannot be constitutionally justified on the sole basis that they are in pith and substance labour relations legislation and therefore a matter of property and civil rights in the province. The impugned provisions are not related to the field of federal elections.

In so far as this legislation can be said to confer rights, individual or collective, upon Ontario residents to have an impartial civil service, such rights are not civil but rather public or political rights. Although the Act provides for the general regulation of the hiring, dismissal and terms and conditions of employment of the provincial public service, many of its provisions, including the impugned provisions, can only be explained and justified by the fact that the employment in question is

ques fédérales. Les appelants craignent que l'exercice de ces activités politiques n'ait pour effet de les exposer à des mesures disciplinaires conformément à *The Public Service Act*. Une requête visant à obtenir une ordonnance déclarant inconstitutionnels les art. 12 à 16 de la Loi a été entendue avant l'entrée en vigueur de la *Charte* et était fondée simplement sur le partage des pouvoirs. La requête a été rejetée par le juge Labrosse. La Cour d'appel a confirmé cette décision et le raisonnement sous-jacent selon lequel la compétence provinciale reposait sur le par. 92(13). Les trois questions constitutionnelles formulées devant la Cour suprême du Canada portaient sur les art. 12 à 16 de *The Public Service Act*. Ces articles sont-ils inconstitutionnels ou inopérants du fait (1) qu'ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques au niveau fédéral, (2) qu'ils portent atteinte aux art. 2 et 3 ou le par. 15(1) de la *Charte*, et (3) dans l'affirmative, sont-ils justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*? Après que cette Cour eut décidé, relativement à une question préliminaire, qu'elle n'entendrait pas et ne trancherait pas les questions concernant la *Charte*, l'affaire a été entendue en fonction d'arguments fondés sur le partage des pouvoirs législatifs ainsi que d'un argument fondé sur certaines déclarations contenues dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté et la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

*Les juges* Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest: Les dispositions contestées constituent une modification législative ordinaire de la constitution de l'Ontario au sens du par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et elles ont également trait à la durée des charges provinciales au sens du par. 92(4). Ces dispositions ne peuvent être justifiées du point de vue constitutionnel pour le seul motif qu'elles constituent, de par leur caractère véritable, des dispositions en matière de relations de travail et qu'elles relèvent, par conséquent, de la propriété et des droits civils dans la province. Les dispositions contestées n'ont rien à voir avec le domaine des élections fédérales.

Dans la mesure où on peut dire que cette loi confère aux résidents de l'Ontario des droits, individuels ou collectifs, d'avoir une fonction publique impartiale, ces droits sont non pas civils, mais plutôt publics ou politiques. Bien que la Loi réglemente d'une manière générale l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique provinciale, un bon nombre de ses dispositions, y compris les dispositions contestées, ne peuvent s'expliquer et se justifier que par

public employment. They cannot, therefore, be grounded only in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* but can be fully grounded in s. 92(1) and (4).

The constitution of Ontario is not to be found in a comprehensive, written instrument called a constitution. An enactment can generally be considered as an amendment of the constitution of a province when it bears on the operation of an organ of the government of the province, provided it is not otherwise entrenched as being indivisibly related to the implementation of the federal principle or to a fundamental term or condition of the union, and provided of course it is not explicitly or implicitly excepted from the amending power bestowed upon the province by s. 92(1), such as the offices of Lieutenant-Governor and of the Queen. The fact that a province can validly give legislative effect to a prerequisite condition of responsible government does not necessarily mean it can do anything it pleases with the principle of responsible government itself. Thus, it is uncertain, to say the least, that a province could touch upon the power of the Lieutenant-Governor to dissolve the legislature, or his power to appoint and dismiss ministers, without unconstitutionally touching his office itself. The principle of responsible government could, to the extent that it depends on those important royal powers, be entrenched to a substantial extent. The power of constitutional amendment given to the provinces by s. 92(1) does not necessarily comprise the power to bring about a profound constitutional upheaval by the introduction of political institutions foreign to and incompatible with the Canadian system.

The provisions impugned here are constitutional for they bear on the operation of the Ontario Public Service, which is an organ of government, and they impose on its members the duty to abstain from certain political activities in order to implement the principle of impartiality of the public service which is considered as an essential prerequisite of responsible government. It can similarly be said that the public service in Ontario is a part of the executive branch of the government of Ontario.

The impugned provisions are not related to the exclusively federal subject of federal elections. Rather than affecting federal elections *per se*, these provisions create a disability from membership in the Ontario Public Service, thereby affecting a provincially created relationship.

le fait que l'emploi en question est un emploi public. Elles ne peuvent donc être fondées uniquement sur le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais elles peuvent être entièrement fondées sur les par. 92(1) et (4).

a La constitution de l'Ontario ne se trouve pas dans un document complet appelé constitution. Une disposition peut généralement être considérée comme une modification de la constitution d'une province lorsqu'elle porte b sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province, pourvu qu'elle ne soit pas par ailleurs intangible parce qu'indivisiblement liée à la mise en œuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l'union et pourvu évidemment qu'elle ne soit pas explicitement ou implicitement exemptée du pouvoir de modification c que le par. 92(1) accorde à la province comme, par exemple, les charges de lieutenant-gouverneur et de souverain. Le fait qu'une province puisse valablement conférer un effet législatif à une condition préalable d'un gouvernement responsable ne signifie pas nécessairement qu'elle peut faire tout ce qu'il lui plaît du principe du gouvernement responsable lui-même. Ainsi, il n'est pas certain, à tout le moins, qu'une province puisse toucher au pouvoir du lieutenant-gouverneur de dissoudre l'assemblée législative, ou à son pouvoir de d nommer et de destituer les ministres, sans toucher de manière inconstitutionnelle à sa charge elle-même. Le principe du gouvernement responsable pourrait, dans la mesure où il est fonction de ces pouvoirs royaux importants, être en grande partie intangible. Le pouvoir de modification constitutionnelle que le par. 92(1) accorde e aux provinces ne comprend pas nécessairement le pouvoir de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien.

g Les dispositions contestées en l'espèce sont de nature constitutionnelle en ce sens qu'elles portent sur le fonctionnement de la fonction publique de l'Ontario, qui est un organe du gouvernement, et elles imposent à ses membres l'obligation de s'abstenir d'exercer certaines h activités politiques afin de mettre en œuvre le principe de l'impartialité de la fonction publique considérée comme une condition essentielle à l'existence d'un gouvernement responsable. On peut dire de la même manière que la fonction publique en Ontario fait partie i de l'exécutif du gouvernement de l'Ontario.

Les dispositions contestées n'ont rien à voir avec le chef de compétence fédérale exclusive que sont les élections fédérales. Ces dispositions ne touchent pas aux élections fédérales en soi, elles créent plutôt une incapacité de faire partie de la fonction publique de l'Ontario, portant ainsi atteinte à une relation créée par la province.



This disability extended to federal elections in order to ensure global political independence for provincial officers. The object of political discourse, the ultimate form of political activity, remains indivisible even in federations with divided jurisdictions. Political activities in the federal field, therefore, had to be included in the impugned provisions to ensure the impartiality of the provincial public service. The alternative would have made the legislation miss its target altogether. The aim of the legislation, far from violating the federal principle, was to reinforce it and to secure the operation of responsible government within a federal framework; its effects on federal political activities were necessarily incidental. The constitutional validity of the impugned provisions may also be supported under s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867*, which in any event buttresses the argument already made under s. 92(1).

In a distribution of powers case, once it is demonstrated that the enacting legislature is competent, the balancing of conflicting values depends on the political judgment of such legislature and cannot be reviewed by the courts without their passing upon the wisdom of the legislation.

The fundamental right in Canada to participate in certain political activities is not infringed by the impugned legislation; federal and provincial elections are only affected in an incidental way. The basic structure of the Constitution established by the *Constitution Act, 1867* contemplates the existence of certain political institutions, including freely elected legislative bodies at the federal and provincial levels. Neither Parliament nor the provincial legislatures may enact legislation which would substantially interfere with the operation of this basic structure. Quite apart from *Charter* considerations, the legislative bodies in this country must conform to these basic structural imperatives and can in no way override them.

*Per Dickson C.J.:* *The Public Service Act* is directed to the general regulation of the hiring, dismissal, and terms and conditions of employment in the public service and in essence governs the establishment, functions, responsibilities and employment relationships of the Ontario Public Service. Viewed in its entirety, it is easily and explicitly authorized by s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867* concerning provincial offices and appointments. The Act, which deals with many of the traditional components of an employer-employee relationship, also falls within the province's property and civil rights power, since labour relations has long been a subject

Cette incapacité s'étend aux élections fédérales en vue d'assurer l'indépendance politique globale des fonctionnaires provinciaux. L'objet du débat politique, la forme ultime d'activité politique, demeure indivisible même dans une fédération qui présente des compétences partagées. Il fallait donc inclure dans les dispositions contestées les activités politiques liées au domaine fédéral pour assurer l'impartialité de la fonction publique provinciale, sinon la mesure législative aurait complètement raté son objectif. Loin de violer le principe fédéral, les dispositions en cause visent à la renforcer et à assurer le fonctionnement d'un gouvernement responsable à l'intérieur d'un régime fédéral; leur effet sur les activités politiques fédérales est nécessairement accessoire. La constitutionnalité des dispositions contestées peut aussi être étayée en vertu du par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui, en tout état de cause, appuie l'argument déjà soumis en vertu du par. 92(1).

Dans une affaire de partage des pouvoirs, lorsqu'on a démontré que le législateur a agi dans les limites de sa compétence, l'établissement de l'équilibre entre des valeurs contradictoires repose sur le jugement politique de ce législateur et ne peut pas être révisé par les tribunaux sans qu'ils examinent la sagesse de la mesure législative.

Les dispositions contestées ne violent pas le droit fondamental, qui existe au Canada, de participer à certaines activités politiques; les élections fédérales et provinciales ne sont touchées que d'une façon accessoire. La structure fondamentale de la Constitution établie par la *Loi constitutionnelle de 1867* envisage l'existence de certaines institutions politiques dont des corps législatifs librement élus aux niveaux fédéral et provincial. Ni le Parlement ni les législatures provinciales ne peuvent légiférer de façon à porter atteinte sensiblement au fonctionnement de cette structure fondamentale. Indépendamment de considérations fondées sur la *Charte*, les corps législatifs dans notre pays doivent se conformer à ces impératifs structurels fondamentaux et ne doivent en aucun cas y passer outre.

Le juge en chef Dickson: *The Public Service Act* a pour objet de réglementer, d'une manière générale, l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique et elle porte essentiellement sur la création, le rôle et les responsabilités de la fonction publique de l'Ontario, ainsi que sur les relations de travail au sein de cet organisme. Dans son ensemble, elle est explicitement autorisée par le par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, concernant les charges provinciales et les nominations. La Loi, qui traite d'un bon nombre d'éléments traditionnels des rapports employeur-employé, relève également de la compétence

matter generally within provincial jurisdiction under s. 92(13). Constitutional authority granted under s. 92(4) and (13) extends to the specific prohibitions against political activity in ss. 12-16 of the Act. There was no reason, given the Act's validity as a whole under both s. 92(4) and (13), to consider s. 92(1) with the attendant difficulties of assigning a precise content to the concept of "a provincial constitution".

The doctrine of interjurisdictional immunity is not a particularly compelling doctrine given its inconsistency with the basic pith and substance doctrine that a law "in relation to" a provincial matter may validly "affect" a federal matter. Furthermore Parliament, while it can easily enact appropriate laws effecting paramountcy over conflicting provincial laws, has not done so here. The Court, in light of the federal government's intervention in support of the Ontario law and its legislation based on the same constitutional approach adopted by Ontario, should be particularly cautious about invalidating a provincial law.

Appellants argued that the prohibitions were overbroad in that the prohibitions applied to all civil servants without distinguishing between the types of jobs performed and that they covered too wide a range of political activities. Overreach in the sense here used is not arguable in a distribution of powers case.

Appellants also argued, relying on a statement in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, that Canadian constitutional jurisprudence recognized the existence of certain fundamental political rights and freedoms in the citizens to participate in federal political activities. Freedom of speech and expression is a fundamental animating value in the Canadian constitutional system. No single value, however, no matter how exalted, can bear the full burden of upholding a democratic system of government and some underlying and important values may even conflict. It would be inappropriate to enter into a detailed application of the *Fraser* principles to the facts of the present case because none of the individual appellants has actually been subjected to disciplinary proceedings.

*Per Lamer J.*: *The Public Service Act* is authorized by s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867*; there was no need to consider s. 92(1) or (13).

provinciale en matière de propriété et de droits civils puisque les relations de travail constituent depuis longtemps une matière qui est généralement du ressort des provinces en vertu du par. 92(13). La constitutionnalité en vertu des par. 92(4) et (13) s'applique aux interdictions expresses d'exercer des activités politiques, que l'on trouve aux art. 12 à 16 de la Loi. Étant donné que la Loi dans son ensemble est valide en vertu des par. 92(4) et (13), il n'y a aucune raison d'examiner le par. 92(1) étant donné la difficulté que pose l'attribution d'un sens précis à la notion de «constitution provinciale».

Le principe de l'exclusivité des compétences n'est pas un principe particulièrement impérieux étant donné son incompatibilité avec le principe fondamental du caractère véritable suivant lequel une loi «relative à» une matière provinciale peut régulièrement «toucher» une matière fédérale. En outre, bien que le Parlement puisse facilement adopter des lois appropriées qui l'emportent sur les lois provinciales incompatibles, il ne l'a pas fait en l'espèce. Étant donné que le gouvernement fédéral est intervenu pour appuyer la loi ontarienne et qu'il a lui-même adopté une loi fondée sur le même point de vue constitutionnel que celui adopté par l'Ontario, le Cour devrait se montrer particulièrement réticente à invalider une loi provinciale.

Les appelants ont soutenu que les interdictions sont de portée trop large étant donné qu'elles s'appliquent à tous les fonctionnaires sans distinguer entre les types d'emplois qu'ils occupent, et qu'elles visent une gamme trop large d'activités politiques. La portée trop large au sens où on l'entend ici n'est pas plaidable dans une affaire ayant trait au partage des pouvoirs.

Invoquant une déclaration contenue dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, les appelants font également valoir que la jurisprudence canadienne en matière constitutionnelle reconnaît l'existence de certains droits et libertés politiques fondamentaux qui permettent aux citoyens de participer aux activités politiques fédérales. La liberté de parole et d'expression représente une valeur fondamentale qui anime le régime constitutionnel canadien. Toutefois, aucune valeur, si noble soit-elle, ne peut à elle seule permettre de soutenir un régime de gouvernement démocratique et il peut même arriver que certaines valeurs fondamentales entrent en conflit. Il ne conviendrait guère de procéder à une application détaillée des principes énoncés dans l'arrêt *Fraser* aux faits de la présente affaire puisqu'aucun des appelants n'a fait l'objet de mesures disciplinaires.

*Le juge Lamer*: *The Public Service Act* est autorisée par le par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; il n'est pas nécessaire d'examiner les par. 92(1) ou (13).

## Cases Cited

By Beetz J.

**Considered:** *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; **distinguished:** *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, reversing [1964] 1 O.R. 641, reversing [1963] 2 O.R. 162; **referred to:** *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Douglas Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 353; *Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] App. Cas. 437; *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767; *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, affirming [1978] C.A. 351; *R. v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1, 1 D.L.R. 304; *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600; *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182; *Valin v. Langlois* (1879), 5 A.C. 115, affirming (1879), 3 S.C.R. 1; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 247; *Lenoir v. Ritchie* (1879), 3 S.C.R. 575; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285.

By Dickson C.J.

**Overruled:** *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; **referred to:** *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada (Manitoba Securities Case)*, [1929] A.C. 260; *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co.*, [1966] S.C.R. 767; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211; *Construction Montcalm 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; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Oil Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] S.C.R. 584; *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573.

## Jurisprudence

Citée par le juge Beetz

**Arrêts examinés:** *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; **distinction d'avec l'arrêt:** *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, infirmant [1964] 1 O.R. 641, infirmant [1963] 2 O.R. 162; **arrêts mentionnés:** *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Douglas Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 353; *Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] App. Cas. 437; *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, confirmant [1978] C.A. 351; *R. v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1, 1 D.L.R. 304; *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600; *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; *Valin v. Langlois* (1879), 5 A.C. 115, confirmant (1879), 3 R.C.S. 1; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 247; *Lenoir v. Ritchie* (1879), 3 R.C.S. 575; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285.

f Citée par le juge en chef Dickson

**Arrêt rejeté:** *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; **arrêts mentionnés:** *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada (l'affaire des valeurs mobilières du Manitoba)*, [1929] A.C. 260; *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co.*, [1966] R.C.S. 767; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383; *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211; *Construction Montcalm 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; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Oil Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] R.C.S. 584; *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

By Lamer J.

**Overruled:** *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14.  
*Canada Elections Act*, S.C. 1960, c. 39, s. 71.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 2, 3, 15(1).  
*Constitution Act, 1867*, ss. 58-70, 82-87, 91, 92(1), (4), (13).  
*Constitution Act, 1982*, s. 45.  
*Crown Employees Collective Bargaining Act, 1972*, S.O. 1972, c. 67.  
*Executive Council Act*, R.S.O. 1970, c. 153.  
*Legislative Assembly Act*, R.S.O. 1970, c. 240.  
*Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2.  
*Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, ss. 2, 3, 10, 12(1), (2), (3), (4), (5), 13(1), (2), 14, 15, 16, 23, 24, 26, 27, 28, 28a, now R.S.O. 1980, c. 418.  
*Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 32.  
*Representation Act*, R.S.O. 1970, c. 413.

#### Authors Cited

Clement, W. H. P. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1904.  
 Garant, Patrice. *La fonction publique canadienne et québécoise*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1973.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661, dismissing an appeal from a judgment of Labrosse J. (1979), 24 O.R. (2d) 324, 98 D.L.R. (3d) 168. Appeal dismissed; the first constitutional question is answered in the negative.

*Stephen T. Goudge and Ian McGilp*, for the appellants.

*Blenus Wright and Carol Creighton*, for the respondent.

*Graham R. Garton*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Réal A. Forest and Alain Gingras*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*William M. Wilson*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Citée par le juge Lamer

**Arrêt rejeté:** *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798.

#### a Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2, 3, 15(1).  
*Crown Employees Collective Bargaining Act, 1972*, S.O. 1972, chap. 67.  
*Executive Council Act*, R.S.O. 1970, chap. 153.  
*Legislative Assembly Act*, R.S.O. 1970, chap. 240.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 58 à 70, 82 à 87, 91, 92(1), (4), (13).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 45.  
*Loi électorale du Canada*, S.C. 1960, chap. 39, art. 71.  
*Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970 (1<sup>er</sup> supp.), chap. 14.  
*Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 32.  
*Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, chap. O-2.  
*Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386, art. 2, 3, 10, 12(1), (2), (3), (4), (5), 13(1), (2), 14, 15, 16, 23, 24, 26, 27, 28, 28a, maintenant R.S.O. 1980, chap. 418.  
*Representation Act*, R.S.O. 1970, chap. 413.

#### Doctrines citées

Clement, W. H. P. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1904.  
 Garant, Patrice. *La fonction publique canadienne et québécoise*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1973.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Labrosse (1979), 24 O.R. (2d) 324, 98 D.L.R. (3d) 168. Pourvoi rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

*Stephen T. Goudge et Ian McGilp*, pour les appelants.

*Blenus Wright et Carol Creighton*, pour l'intimé.

*Graham R. Garton*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Réal A. Forest et Alain Gingras*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*William M. Wilson*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Richard C. Speight*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*Joseph J. Arvay*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

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

*William Henkel, Q.C.*, and *Robert J. Normey*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal involves an important area of constitutional law, namely, the scope of provincial jurisdiction to regulate certain political activities of provincial civil servants and Crown employees.

## I

### The Facts

The Ontario Public Service Employees' Union is bargaining agent for approximately 50,000 employees of the Government of Ontario who are subject to *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, now R.S.O. 1980, c. 418, of that province. Marie Wilkinson is employed by the Ontario Ministry of Community and Social Services as a counsellor at a centre for the care of the mentally retarded. Edward Faulknor is employed by the Ontario Ministry of Revenue as an assessor. Russell Smith is employed by the Ministry of Natural Resources as a laboratory technician.

Each of the individual appellants is a Crown employee, a civil servant and a member of the appellant union. Each individual appellant wishes to engage in political activities currently prohibited by *The Public Service Act*, including: running for election to Parliament without taking a leave of absence; canvassing and soliciting funds on behalf of federal political parties; and expressing opinions in public on federal political issues. The appellants are concerned that pursuit of these political activi-

*Richard C. Speight*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Joseph J. Arvay*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

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

*William Henkel, c.r.*, et *Robert J. Normey*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi touche à un domaine important du droit constitutionnel, savoir celui de la portée de la compétence des provinces pour régler certaines activités politiques des fonctionnaires et des employés provinciaux de Sa Majesté.

## I

### Les faits

Le Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario est l'agent négociateur d'environ 50 000 employés du gouvernement de l'Ontario qui sont assujettis à la loi de cette province, dite *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386, maintenant R.S.O. 1980, chap. 418. Marie Wilkinson est employée par le ministère des Services sociaux et communautaires de l'Ontario en tant que conseillère en réadaptation dans un centre pour déficients mentaux. Edward Faulknor travaille pour le ministère du Revenu de l'Ontario en tant que contrôleur des contributions. Russell Smith occupe le poste de technicien de laboratoire au ministère des Richesses naturelles.

Chacun des appelants est un employé de Sa Majesté, un fonctionnaire et un membre du syndicat appellant. Chacun d'eux souhaite exercer des activités politiques présentement interdites par *The Public Service Act*, dont: la possibilité de se porter candidat à des élections fédérales sans avoir à prendre un congé à cette fin, celle de faire du démarchage et de solliciter des fonds pour des partis politiques fédéraux et celle de prendre position publiquement sur des questions politiques fédérales. Les appelants craignent que l'exercice de ces activités politiques n'ait pour effet de les

ties would subject them to disciplinary measures pursuant to *The Public Service Act*.

## II

The Legislation

The general thrust of the Ontario *Public Service Act* is the regulation of the hiring, dismissal and terms and conditions of employment in the public service. Within this general context there are five provisions which prohibit public servants from engaging in some political activities. These sections read as follows:

12.—(1) Except during a leave of absence granted under subsection 2, a Crown employee shall not,

- (a) be a candidate in a provincial or federal election or serve as an elected representative in the legislature of any province or in the Parliament of Canada;
- (b) solicit funds for a provincial or federal political party or candidate; or
- (c) associate his position in the service of the Crown with any political activity.

(2) Any Crown employee, other than a deputy minister or any other Crown employee in a position or classification designated in the regulations under clause *u* of subsection 1 of section 29, who proposes to become a candidate in a provincial or federal election shall apply through his minister to the Lieutenant-Governor in Council for leave of absence without pay for a period,

- (a) not longer than that commencing on the day on which the writ for the election is issued and ending on polling day; and
- (b) not shorter than that commencing on the day provided by statute for the nomination of candidates and ending on polling day,

and every such application shall be granted.

(3) Where a Crown employee who is a candidate in a provincial or federal election is elected, he shall forthwith resign his position as a Crown employee.

(4) Where a Crown employee who has resigned under subsection 3,

- (a) ceases to be an elected political representative within five years of the resignation; and
- (b) applies for reappointment to his former position or to another position in the service of the Crown

exposer à des mesures disciplinaires conformément à *The Public Service Act*.

## II

a Les textes législatifs

*The Public Service Act* de l'Ontario vise, d'une manière générale, à réglementer l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique. Dans ce contexte général, il y a cinq dispositions qui interdisent aux fonctionnaires d'exercer certaines activités politiques. Ces dispositions sont les suivantes:

[TRADUCTION] 12.—(1) Nul employé de Sa Majesté ne doit

- a) se porter candidat à des élections provinciales ou fédérales ni siéger en tant que député provincial ou fédéral; ni
- b) solliciter des fonds pour un parti politique provincial ou fédéral ou pour un candidat; ni
- c) relier son poste dans la fonction publique à des activités politiques,

e si ce n'est pendant un congé accordé en vertu du paragraphe 2.

(2) Un employé de Sa Majesté, autre qu'un sous-ministre ou tout autre employé dont le poste ou la classification est désigné par voie de règlement pris en vertu de l'alinéa 29(1)*u*, qui se propose de se porter candidat à des élections provinciales ou fédérales doit, par l'intermédiaire de son ministre, adresser au lieutenant-gouverneur en conseil une demande de congé sans traitement

- a) pour une durée maximale calculée à partir du jour de la délivrance du bref d'élection jusqu'au jour du scrutin; et
- b) pour une durée minimale calculée à partir du jour prévu par la loi pour les mises en candidature jusqu'au jour du scrutin,

et toute demande à cet effet doit être accueillie.

(3) Lorsqu'un employé de Sa Majesté qui s'est porté candidat à des élections provinciales ou fédérales est élu, il doit immédiatement démissionner du poste qu'il occupe comme employé de Sa Majesté.

(4) L'employé de Sa Majesté qui a démissionné en vertu du paragraphe 3,

- a) qui cesse d'être un député dans les cinq ans de sa démission; et
- b) qui demande, dans les trois mois de la date où il cesse d'être député, d'être réintégré dans son

for which he is qualified within three months of ceasing to be an elected political representative,

he shall be reappointed to the position upon its next becoming vacant.

(5) Where a Crown employee has been granted leave of absence under subsection 2 and was not elected, or resigned his position under subsection 3 and was reappointed under subsection 4, the period of the leave of absence or resignation shall not be computed in determining the length of his service for any purpose, and the service before and after such period shall be deemed to be continuous for all purposes.

13.—(1) A civil servant shall not during a provincial or federal election canvass on behalf of a candidate in the election.

(2) Notwithstanding subsection 1, a deputy minister or any other Crown employee in a position or classification designated in the regulations under clause *u* of subsection 1 of section 29 shall not at any time canvass on behalf of or otherwise actively work in support of a provincial or federal political party or candidate.

14. Except during a leave of absence granted under subsection 2 of section 12, a civil servant shall not at any time speak in public or express views in writing for distribution to the public on any matter that forms part of the platform of a provincial or federal political party.

15. A Crown employee shall not during working hours engage in any activity for or on behalf of a provincial or federal political party.

16. A contravention of section 11, 12, 13, 14 or 15 shall be deemed to be sufficient cause for dismissal.

Most of these prohibitions are qualified by leave of absence provisions. This case arose because the individual appellants either wanted to take part in some of the prohibited activities after working hours, or sought, and were refused, leaves of absence to engage in them.

### III

#### Procedural History

##### 1. *Supreme Court of Ontario*

A motion brought on behalf of the appellants before Labrosse J. for an order declaring unconstitutional ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act* was denied: (1979), 24 O.R. (2d) 324,

ancien poste ou d'être nommé à un autre poste dans la fonction publique pour lequel il est qualifié,

doit être réintégré dans son poste ou nommé à un autre a dès qu'une vacance survient.

(5) Lorsqu'un employé de Sa Majesté a obtenu un congé en vertu du paragraphe 2 et qu'il ne s'est pas fait élire, ou lorsqu'il a démissionné de son poste en vertu du paragraphe 3 et qu'il a été réintégré dans ses fonctions b en vertu du paragraphe 4, la période visée par le congé ou la démission n'est pas incluse dans la détermination de la durée de son ancienneté à quelque fin que ce soit, et la prestation de ses services avant et après cette période est réputée continue à toutes fins.

c 13.—(1) Nul fonctionnaire ne fera du démarchage pour un candidat à des élections provinciales ou fédérales.

(2) Nonobstant le paragraphe 1, un sous-ministre ou tout autre employé de Sa Majesté, dont le poste ou la classification est désigné par voie de règlement pris en vertu de l'alinéa 29(1)*u*, ne doit à aucun moment faire du démarchage ou travailler activement pour un parti politique provincial ou fédéral ou pour un candidat. d

e 14. Un fonctionnaire ne doit à aucun moment prendre la parole en public ni exprimer des opinions écrites destinées à être diffusées auprès du public sur une question qui fait partie du programme d'un parti politique provincial ou fédéral, si ce n'est pendant un congé accordé en vertu du paragraphe 12(2).

f 15. Nul employé de Sa Majesté ne doit pendant les heures de travail exercer une activité pour le compte d'un parti politique provincial ou fédéral.

g 16. Toute contravention aux articles 11, 12, 13, 14 ou 15 est réputée constituer une cause suffisante de renvoi.

La plupart de ces interdictions sont atténuées par des dispositions en matière de congé. Ce litige a pris naissance soit parce que les appelants voulaient participer après les heures de travail à certaines activités prohibées, soit parce qu'ils n'ont pas obtenu les congés demandés pour les exercer.

### III

#### i Historique des procédures

##### 1. *La Cour suprême de l'Ontario*

Une requête, présentée au nom des appelants devant le juge Labrosse, en vue d'obtenir une ordonnance déclarant inconstitutionnels les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, a été

98 D.L.R. (3d) 168. The motion was heard prior to the date on which the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* came into force and proceeded simply on distribution of powers grounds. The challenge to the Ontario law was that it could not limit in any way the activities of the appellants in a federal election because jurisdiction over federal elections rested exclusively with Parliament.

The position of the Attorney General for Ontario was that the entire law, including the prohibitions as applied to federal elections, was authorized by s. 92(1), (4) and (13) of the *Constitution Act, 1867* which provide:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

1. The Amendment from Time to Time, notwithstanding anything in this Act, of the Constitution of the Province, except as regards the Office of Lieutenant Governor.

4. The Establishment and Tenure of Provincial Offices and the Appointment and Payment of Provincial Officers.

13. Property and Civil Rights in the Province.

It should be noted that s. 92(1) is now, with some modification of wording but not of substance, s. 45 of the *Constitution Act, 1982*.

At the hearing of the motion, Labrosse J. accepted that the Act, including prohibitions, was essentially a labour relations law and therefore valid under s. 92(13). He noted that the Act provides for the general regulation of the hiring, dismissal, and terms and conditions of employment of the civil service. The impugned sections, therefore, were found to be, in pith and substance, enacted to govern public sector labour relations in the province. In so far as they affected political activities in federal elections, Labrosse J. said they

rejetée: (1979), 24 O.R. (2d) 324, 98 D.L.R. (3d) 168. La requête a été entendue avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* et était fondée simplement sur le partage des pouvoirs. On contestait la validité de la loi ontarienne en alléguant que celle-ci ne pouvait d'aucune manière restreindre les activités des appelants lors d'élections fédérales parce que les élections fédérales relevaient de la compétence exclusive du Parlement.

Le procureur général de l'Ontario a fait valoir que la Loi dans son ensemble, y compris les interdictions visant les élections fédérales, était autorisée par les par. 92(1), (4) et (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont voici le texte:

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

1. L'amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur;

4. la création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux;

13. la propriété et les droits civils dans la province;

Il est à noter que le par. 92(1) est maintenant devenu, avec certaines modifications sur le plan de la forme, mais non sur celui du fond, l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Lors de l'audition de la requête, le juge Labrosse a accepté que la Loi, y compris les interdictions, était essentiellement une loi en matière de relations de travail et qu'elle était, par conséquent, valide en vertu du par. 92(13). Il a souligné que la Loi réglemente d'une manière générale l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique. On a donc conclu que les dispositions attaquées visaient, de par leur caractère véritable, à régir les relations de travail dans le secteur public de la province. D'après le juge Labrosse, si elles touchaient aux activités politiques lors d'élections fédérales, ce n'était qu'accessoirement dans le cadre d'un régime légis-



did so incidentally, as part of a wider legislative scheme to regulate labour relations.

## 2. *The Ontario Court of Appeal*

A unanimous three-judge panel of the Ontario Court of Appeal ((1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661) affirmed both Labrosse J.'s decision and the underlying rationale that provincial jurisdiction was grounded in s. 92(13). Although *The Public Service Act* includes restrictions on the federal political activities of employees, MacKinnon A.C.J.O., for the Court, found that the Act was essentially labour relations legislation and the prohibitions were conditions of employment designed to preserve the impartiality of the public service. As such, the Act, including the prohibitions, fell within provincial jurisdiction over property and civil rights.

MacKinnon A.C.J.O. included an overview of the constitutional significance of the political impartiality of the public service which he held to be crucial to the viability of a system of responsible government in Canada. He asserted that the public has a right to an impartial public service. *The Public Service Act* was intended to protect the civil rights of Ontario residents and was accordingly valid in a second sense under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*.

Finally, although he did not decide the point, because of his conclusions about s. 92(13), MacKinnon A.C.J.O. said there was "considerable force" in the Attorney General's arguments based on s. 92(1) and (4) of the *Constitution Act, 1867*.

## 3. *The Supreme Court of Canada*

Leave to appeal was granted by this Court. The following are constitutional questions as stated by Laskin C.J. and as revised and supplemented by Dickson C.J.:

1. Are ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, as amended, unconstitutional insofar as they purport to restrain provincial Civil Ser-

latif plus large destiné à réglementer les relations de travail.

## 2. *La Cour d'appel de l'Ontario*

<sup>a</sup> Une formation de trois juges de la Cour d'appel de l'Ontario ((1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661) a confirmé à l'unanimité à la fois la décision du juge Labrosse et le raisonnement sous-jacent selon lequel la compétence provinciale reposait sur le par. 92(13). Quoique *The Public Service Act* impose des restrictions aux activités politiques fédérales des employés de Sa Majesté, le juge en chef adjoint MacKinnon a conclu, au nom de la Cour d'appel, que la Loi portait essentiellement sur les relations de travail et que les interdictions étaient des conditions de travail conçues pour assurer l'impartialité de la fonction publique. Dans cette optique, la Loi, y compris les interdictions, relevait de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils.

<sup>e</sup> Le juge en chef adjoint MacKinnon a donné en outre un aperçu de l'importance constitutionnelle de l'impartialité de la fonction publique sur le plan politique, impartialité qu'il a jugée essentielle à l'existence d'un régime de gouvernement responsable au Canada. Il a affirmé que le public a droit à une fonction publique impartiale. *The Public Service Act* est destinée à protéger les droits civils des résidents de l'Ontario et elle est donc justifiée dans un second sens par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

<sup>g</sup> Enfin, bien qu'il n'ait pas tranché ce point en raison de ses conclusions relatives au par. 92(13), le juge en chef adjoint MacKinnon a dit que les arguments du procureur général fondés sur les par. 92(1) et (4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* avaient un [TRADUCTION] «poids considérable».

## 3. *La Cour suprême du Canada*

<sup>i</sup> Le présent pourvoi a été formé avec l'autorisation de cette Cour. Voici les questions constitutionnelles qui ont été formulées par le juge en chef Laskin et qui ont été révisées et complétées par le juge en chef Dickson:

<sup>j</sup> 1. Dans la mesure où ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques au

vants and Crown Employees from engaging in certain federal political activity?

2. Do ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2, 3 and/or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* insofar as they purport to restrain provincial Civil Servants and Crown Employees from engaging in certain federal and provincial political activity?

3. If ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, infringe or deny ss. 2 and 3, and/or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are these sections justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

At the start of the hearing of the appeal before this Court, a preliminary issue was raised concerning the hearing of argument on *Charter* issues. It was contended by the Attorney General for Ontario, supported by several intervening Attorneys General, that the Court should not address the *Charter* issues because all of the activities in the case were pre-*Charter* and neither of the Ontario courts had heard *Charter* arguments. After argument, the Court decided (Dickson C.J. and Chouinard and Le Dain JJ. dissenting) that the Court would not hear or decide the *Charter* issues. In the result, the case proceeded on submissions based upon the distribution of legislative powers and a hastily constructed argument relying upon certain statements in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455.

#### IV

##### The Distribution of Powers

The first step in any distribution of powers case is to characterize the law in question. This is not the ultimate legal step; it is not to classify the law as coming under one of the heads of s. 91 or s. 92.

niveau fédéral, les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, sont-ils inconstitutionnels?

2. Dans la mesure où ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques aux niveaux fédéral et provincial, les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par les art. 2 et 3 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Si les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et ses modifications portent atteinte aux droits et libertés garantis par les art. 2 et 3 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces articles sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, non incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Au début de l'audience en cette Cour, on a soulevé une question préliminaire concernant la présentation d'arguments portant sur des questions relatives à la *Charte*. Le procureur général de l'Ontario, appuyé par plusieurs procureurs généraux intervenants, a soutenu que la Cour ne devrait pas aborder les questions relatives à la *Charte* parce que toutes les activités en cause étaient antérieures à la *Charte* et que ni l'un ni l'autre tribunal ontarien n'avait entendu des arguments fondés sur la *Charte*. Après que ce point eut été débattu, la Cour a décidé (le juge en chef Dickson et les juges Chouinard et Le Dain étant dissidents) qu'elle n'entendrait pas et ne trancherait pas les questions relatives à la *Charte*. En définitive, l'affaire a été entendue en fonction d'arguments fondés sur le partage des pouvoirs législatifs ainsi que d'un argument de dernière minute fondé sur certaines déclarations contenues dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

#### i

#### IV

##### Le partage des pouvoirs

La première étape dans n'importe quelle affaire de partage des pouvoirs consiste à qualifier la loi en cause. Ce n'est pas là l'étape juridique ultime; il n'est pas question de classer ladite loi sous l'une

It is simply a preliminary step, namely to identify and describe the dominant features, the essential coverage, of the law. The Act with which we are here concerned is, as mentioned above, directed to the general regulation of the hiring, dismissal, and terms and conditions of employment in the public service. In essence it governs the establishment, functions, responsibilities and employment relationships of the Ontario Public Service.

In light of this description, it can be seen that the Act, viewed in its entirety, is easily and explicitly authorized by s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867* which gives the provinces jurisdiction over “the establishment and tenure of provincial offices and the appointment and payment of provincial officers”. Additionally, since *The Public Service Act* deals with many of the traditional components of an employer-employee relationship and since labour relations has long been a subject matter generally within provincial jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* (see *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, and many subsequent cases), it follows that *The Public Service Act* is within provincial property and civil rights jurisdiction. Because the Act as a whole is clearly valid under both s. 92(4) and (13), I see no reason to embark upon a consideration of s. 92(1). I am reinforced in this conclusion by the difficulty of assigning a precise content to the concept of “a provincial constitution”.

But what of the specific prohibitions against political activity in ss. 12-16 of *The Public Service Act*? Does the constitutional authority for the Act, viewed as a whole, extend to the prohibitions? In light of the overall labour relations thrust of *The Public Service Act* it is reasonable to characterize ss. 12-16 of the Act as being also labour relations provisions. The prohibitions against certain types of political activity are essentially terms and conditions of employment and can be supported, therefore, under s. 92(13). Similarly, these prohibitions

des rubriques de l’art. 91 ou de l’art. 92. Il s’agit simplement d’une étape préliminaire, savoir l’identification et la description des caractéristiques dominantes de la loi en question et de ce qu’elle vise essentiellement. Or, la Loi présentement en cause a pour objet, comme je l’ai déjà mentionné, de réglementer, d’une manière générale, l’embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique. Elle porte essentiellement sur la création, le rôle et les responsabilités de la fonction publique de l’Ontario, ainsi que sur les relations de travail au sein de cet organisme.

Compte tenu de cette description, il est facile de constater que la Loi dans son ensemble est explicitement autorisée par le par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui attribue aux provinces la compétence concernant «la création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux». De plus, puisque *The Public Service Act* traite d’un bon nombre d’éléments traditionnels des rapports employeur-employé et puisque les relations de travail constituent depuis longtemps une matière qui est généralement du ressort des provinces en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (voir *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, et de nombreux arrêts subséquents), il s’ensuit que *The Public Service Act* relève de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. Étant donné que la Loi dans son ensemble est nettement valide en vertu des par. 92(4) et (13), je ne vois aucune raison d’entreprendre un examen du par. 92(1). Je suis renforcé dans cette conclusion par la difficulté que pose l’attribution d’un sens précis à la notion de «constitution provinciale».

Mais que dire des interdictions expresses d’exercer des activités politiques, que l’on trouve aux art. 12 à 16 de *The Public Service Act*? La constitutionnalité de la Loi dans son ensemble s’applique-t-elle aux interdictions? Puisque *The Public Service Act* vise globalement les relations de travail, il est raisonnable de qualifier les art. 12 à 16 de la Loi comme étant également des dispositions en matière de relations de travail. Les prohibitions visant certains types d’activités politiques constituent essentiellement des conditions de travail et

are terms and conditions of public employment. As such, they are clearly enacted in relation to the establishment and tenure of provincial offices and are therefore valid under s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867*.

The appellants, as I understand their position, do not really deny these conclusions as a matter of general distribution of powers analysis. They do, however, deny the conclusions on two other bases: first, that the prohibitions against political activity by provincial public servants in federal elections are outside the scope of provincial s. 92 jurisdiction; secondly, that the prohibitions are overbroad. It is to these two arguments that I now turn.

### 1. *The Appellants' Federalism Arguments*

The crux of the appellants' federalism position is that *The Public Service Act*, admittedly valid in most respects, cannot prohibit the political activities of Ontario public servants in federal elections because:

- (1) federal elections are within the exclusive domain of Parliament, and
- (2) such a law does not meet the "in the province" limitation on the various heads in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

The appellants buttress these arguments by reference to the principle of interjurisdictional immunity and to this Court's decision in *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798.

#### (a) *Interjurisdictional Immunity*

The appellants' first argument is based on the principle of interjurisdictional immunity which posits that legislation enacted by one order of government cannot interfere with, or have an impact on, subject matters under the jurisdiction of the other order of government. The doctrine had its origins in the so-called "company law cases"

peuvent donc être justifiées en vertu du par. 92(13). De même, ces prohibitions sont des conditions de travail dans le secteur public. Il est évident qu'à ce titre elles ont été adoptées relativement à la création et à la durée de charges provinciales et qu'elles sont donc valides en vertu du par. 92(4) de *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les appelants, si je comprends bien leur position, ne contestent pas vraiment l'exactitude de ces conclusions sur le plan de l'analyse du partage général des pouvoirs. Ils les repoussent toutefois pour deux autres motifs: premièrement, pour le motif que l'interdiction qui est faite aux fonctionnaires provinciaux d'exercer des activités politiques lors d'élections fédérales outrepassé la compétence que l'art. 92 confère aux provinces; deuxièmement, pour le motif que les interdictions sont de portée trop large. Ce sont ces deux moyens que je vais maintenant aborder.

#### 1. *Les arguments des appelants fondés sur le fédéralisme*

Le point capital de la thèse des appelants fondée sur le fédéralisme est que *The Public Service Act*, dont ils reconnaissent la validité générale, ne peut pas interdire aux fonctionnaires publics de l'Ontario d'exercer des activités politiques lors d'élections fédérales:

- (1) parce que les élections fédérales relèvent de la compétence exclusive du Parlement, et
- (2) parce qu'une telle loi ne respecte pas la limite dite «dans la province» dont sont assortis les divers chefs de compétence de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les appelants invoquent à l'appui de ces arguments le principe de l'exclusivité des compétences ainsi que l'arrêt de cette Cour *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798.

#### a) *L'exclusivité des compétences*

Le premier argument des appelants repose sur le principe de l'exclusivité des compétences suivant lequel une loi adoptée par un palier de gouvernement ne saurait empiéter ou avoir des répercussions sur des matières qui relèvent de la compétence de l'autre palier de gouvernement. Ce principe tire son origine de ce qu'on appelle les

where it was held that provincial laws could not sterilize or impair the status or essential powers of a federally incorporated company. See *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada (Manitoba Securities Case)*, [1929] A.C. 260.

After its initial development in the company cases, the doctrine expanded and had its greatest success in the context of the application of provincial laws to federal works and undertakings. The doctrine came to stand for the proposition that a provincial law could not affect a vital part of the management and operation of a federal undertaking. See, for example, *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co.*, [1966] S.C.R. 767. This formulation of the doctrine is important for two reasons. First, it extended the doctrine into new and important areas. "Federally incorporated companies" is not a particularly large field; "federal works and undertakings" is. Secondly, by using the terminology of "affecting a vital part" rather than the earlier phrasing of "sterilization" or "impairment", the Court perhaps signalled a broader reach for the doctrine.

However, even though the doctrine of interjurisdictional immunity has arguably expanded since its company law origins, it is, in my opinion, not a particularly compelling doctrine. Professor Hogg has offered two strong reasons to doubt its value (*Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 331). The first, doctrinal, reason is:

The theory behind the results [in the cases in which the doctrine has been applied] 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

[TRADUCTION] «affaires en matière de droit des compagnies» dans lesquelles on a conclu que des lois provinciales ne pouvaient venir neutraliser ou diminuer le statut ou les pouvoirs essentiels d'une société à charte fédérale. Voir *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330, *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91, *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada (l'affaire des valeurs mobilières du Manitoba)*, [1929] A.C. 260.

Après avoir été formulé dans les affaires de droit des compagnies, le principe a connu un élargissement de sa portée et a remporté son plus grand succès dans le contexte de l'application de lois provinciales relatives aux ouvrages et entreprises de nature fédérale. Le principe en est venu à porter qu'une loi provinciale ne pouvait toucher une partie essentielle de la gestion et de l'exploitation d'une entreprise fédérale. Voir, par exemple, *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co.*, [1966] R.C.S. 767. Cette formulation du principe est importante pour deux raisons. D'abord, elle permet d'appliquer le principe à des domaines nouveaux et importants. Le domaine des «sociétés à charte fédérale» n'est pas particulièrement vaste, alors que c'est tout le contraire dans le cas des «ouvrages et entreprises de nature fédérale». Deuxièmement, en employant l'expression «toucher une partie essentielle» plutôt que les termes «neutraliser» ou «diminuer» utilisés antérieurement, la Cour a peut-être reconnu au principe une portée plus large.

Toutefois, bien qu'on puisse prétendre que la portée du principe de l'exclusivité des compétences s'est élargie depuis qu'il est apparu dans le domaine du droit des compagnies, je ne crois pas qu'il s'agisse d'un principe particulièrement impérieux. Le professeur Hogg énonce deux raisons sérieuses de douter de sa valeur (*Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), à la p. 331). La première, fondée sur la doctrine, est la suivante:

[TRADUCTION] La théorie qui sous-tend les résultats [obtenus dans les cas où le principe a été appliqué] 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

may validly “affect” a federal matter. And, indeed, for every case asserting an interjurisdictional immunity there are dozens which deny such an immunity by application of the pith and substance doctrine.

The second, policy, reason is:

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.

I favour both of these arguments of caution about the scope of the interjurisdictional immunity doctrine. The history of Canadian constitutional law has been to allow for a fair amount of interplay and indeed overlap between federal and provincial powers. It is true that doctrines like interjurisdictional and Crown immunity and concepts like “watertight compartments” qualify the extent of that interplay. But it must be recognized that these doctrines and concepts have not been the dominant tide of constitutional doctrines; rather they have been an undertow against the strong pull of pith and substance, the aspect doctrine and, in recent years, a very restrained approach to concurrency and paramouncy issues. See, for example, *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *Attorney General of Quebec v. Kellogg’s Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211; *Construction Montcalm 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; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161. In light of these decisions, I am not prepared to extend the doctrine of interjurisdictional immunity into a field—federal elections—which is unrelated to either the company law cases or the federal under-

le principe fondamental du caractère véritable, suivant lequel une loi «relative à» une matière provinciale peut régulièrement «toucher» une matière fédérale. En fait, pour chaque affaire où l’on revendique l’exclusivité des compétences, il y en des douzaines qui, par l’application du principe du caractère véritable, nient l’existence d’une telle exclusivité.

La seconde raison, qui en est une de politique générale, est la suivante:

[TRADUCTION] 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.

J’approuve chacun de ces arguments de prudence vis-à-vis de la portée du principe de l’exclusivité des compétences. Historiquement, le droit constitutionnel canadien a permis passablement d’interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il est vrai que des principes comme celui de l’exclusivité des compétences et celui de l’immunité de Sa Majesté ainsi que des notions comme celle des «compartiments étanches» restreignent l’étendue de cette interaction. Il faut cependant reconnaître que ces principes et notions n’ont pas représenté le courant dominant en matière constitutionnelle; ils ont constitué plutôt un contre-courant opposé à l’effet puissant du principe du caractère véritable et du double aspect et, au cours des dernières années, une façon très limitée d’aborder les questions de conflit et de prépondérance en matière législative. Voir, par exemple, *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383; *Cardinal c. Procureur général de l’Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *Procureur général du Québec c. Kellogg’s Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211; *Construction Montcalm 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; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161. Compte tenu de ces arrêts, je ne suis pas prêt à appliquer le principe de l’exclusivité des compétences à un domaine, celui des élections fédérales, qui n’a rien à voir avec les affaires en matière de droit des

takings cases, the two historical roots of the doctrine.

Furthermore, as Professor Hogg implies, the federal Parliament always has a powerful weapon—its own legislation. If Parliament does not approve of the application of a provincial law to a matter within federal jurisdiction it can easily legislate to prevent the unwanted application. In the present case, the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14, deals with permitted and prohibited activities in federal elections. Some of the provisions of that Act relate to various kinds of disqualification from certain political activities. If Parliament wanted to defend against the prohibitions contained in ss. 12-16 of the Ontario *Public Service Act* it could do so. It hasn't. Indeed, it has done the opposite. By prohibiting federal public servants from engaging in certain activities during provincial elections, Parliament has indicated that it shares the approach (and the view on legality) of the Ontario legislature. It may be worth adding that most provincial legislatures have enacted legislation limiting the political activity of public servants in both federal and provincial elections.

I think it is important to note, and attach some significance to, not only the similar federal legislation but also the fact that the federal government intervened in this appeal to support the Ontario law. The distribution of powers provisions contained in the *Constitution Act, 1867* do not have as their exclusive addressees the federal and provincial governments. They set boundaries that are of interest to, and can be relied upon by, all Canadians. Accordingly, the fact of federal-provincial agreement on a particular boundary between their jurisdictions is not conclusive of the demarcation of that boundary. Nevertheless, in my opinion the Court should be particularly cautious about invalidating a provincial law when the federal government does not contest its validity or, as in this case, actually intervenes to support it and has

compagnies ni avec celles portant sur les entreprises fédérales, les deux sources historiques du principe.

De plus, comme le laisse entendre le professeur Hogg, le législateur fédéral dispose toujours d'une arme puissante, savoir ses propres lois. Si le Parlement n'approuve pas l'application d'une loi provinciale à une matière qui relève de la compétence fédérale, il peut facilement légiférer pour empêcher cette application non souhaitée. En l'espèce, la *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970 (1<sup>er</sup> supp.), chap. 14, porte sur les activités qui sont permises et sur celles qui sont défendues lors d'élections fédérales. Des dispositions de cette loi traitent de différents types d'exclusion de certaines activités politiques. Si le Parlement avait voulu parer aux interdictions imposées aux art. 12 à 16 de *The Public Service Act* de l'Ontario, il aurait pu le faire. Or, il ne l'a pas fait. En réalité, il a fait le contraire. En interdisant aux fonctionnaires fédéraux d'exercer certaines activités pendant des élections provinciales, le Parlement a indiqué qu'il partage l'attitude (ainsi que l'opinion sur ce qui est légal) de la législature de l'Ontario. Il peut valoir la peine d'ajouter que la plupart des législatures provinciales ont adopté des dispositions limitant les activités politiques des fonctionnaires tant dans le cadre d'élections fédérales que dans celui d'élections provinciales.

Selon moi, un point qu'il convient de souligner et auquel il faut attacher une certaine importance est non seulement l'existence d'une loi fédérale semblable, mais aussi le fait que le gouvernement fédéral est intervenu dans ce pourvoi pour appuyer la loi ontarienne. Les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au partage des pouvoirs ne s'adressent pas exclusivement aux gouvernements fédéral et provinciaux. Elles établissent des lignes de démarcation qui intéressent tous les Canadiens et auxquelles ceux-ci peuvent se fier. Par conséquent, le fait que le fédéral et les provinces s'entendent sur une ligne de démarcation précise entre leurs champs de compétence respectifs n'est pas concluant quant à cette ligne de démarcation. J'estime néanmoins que la Cour devrait se montrer particulièrement réticente à invalider une

enacted legislation based on the same constitutional approach adopted by Ontario.

(b) *McKay v. The Queen*

The appellants, however, support their argument with strong reliance on an important and factually relevant case, *McKay v. The Queen*. In *McKay* the Court held, by a majority of five-four, that a municipal by-law prohibiting the display of signs on residential property was inapplicable to federal election signs. In other words, the Court read down the law so that it would not apply in an impermissible context. The gist of the majority judgment, written by Cartwright J., was that the subject matter of federal elections was within the exclusive jurisdiction of Parliament and that a provincial law could not interfere in any way with this subject matter. He said, at p. 804:

I cannot think that it was the intention of the Council to so enact or that it was the intention of the Legislature to empower it to do so. Such an enactment would, in my opinion, be *ultra vires* of the provincial legislature. The power of the legislature to enact such a law, if it exists, must be found in s. 92 of the *British North America Act*. It is argued for the respondent that it falls within head 13, "Property and Civil Rights in the Province." Whether or not the right of an elector at a federal election to seek by lawful means to influence his fellow electors to vote for the candidate of his choice is aptly described as a civil right need not be discussed; it is clearly not a civil right in the province. It is a right enjoyed by the elector not as a resident of Ontario but as a citizen of Canada.

The appellants contend that the current appeal raises a virtually identical issue. They say that the Ontario law prohibits certain types of participation in federal elections and that, on the authority of *McKay*, such restrictions are unconstitutional.

loi provinciale lorsque le gouvernement fédéral n'en conteste pas la validité ou, comme c'est le cas en l'espèce, lorsqu'il va même jusqu'à intervenir pour appuyer cette loi et qu'il a lui-même adopté une loi fondée sur le même point de vue constitutionnel que celui adopté par l'Ontario.

b) *McKay v. The Queen*

Toutefois, les appelants s'appuient fortement, dans leur argumentation, sur un arrêt important dont les faits sont pertinents en l'espèce. Il s'agit de l'arrêt *McKay v. The Queen*. Dans l'arrêt *McKay*, la Cour a conclu, à la majorité de cinq contre quatre, qu'un règlement municipal interdisant l'installation d'enseignes sur les propriétés résidentielles ne s'appliquait pas aux pancartes placées dans le cadre d'une élection fédérale. En d'autres termes, la Cour a donné à la loi une interprétation atténuée de manière qu'elle ne s'applique pas dans un contexte où son application n'était pas acceptable. Le jugement de la Cour à la majorité, rédigé par le juge Cartwright, porte en substance que les élections fédérales constituent un chef de compétence fédérale exclusive sur lequel une loi provinciale ne peut empiéter d'aucune manière. Le juge Cartwright affirme, à la p. 804:

[TRADUCTION] Je ne puis croire que le conseil ait voulu légiférer dans ce sens ni que la législature ait eu l'intention de l'habiliter à le faire. À mon avis, un tel texte législatif outrepasserait la compétence de la législature provinciale. Le pouvoir de la législature d'adopter une pareille loi, à supposer qu'il existe, doit se trouver à l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. On soutient pour le compte de l'intimée qu'il se situe sous la rubrique 13, savoir «la propriété et les droits civils dans la province». Il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir si le droit d'un électeur, lors d'une élection fédérale, de chercher par des moyens légaux à inciter les autres électeurs à voter pour le candidat qu'il a choisi peut à juste titre se décrire comme un droit civil; ce n'est manifestement pas un droit civil dans la province. Il s'agit d'un droit dont jouissent les électeurs non pas en tant que résidents de l'Ontario mais en tant que citoyens canadiens.

Les appelants soutiennent que le présent pourvoi soulève une question quasi identique. Ils affirment que la loi ontarienne interdit certains types de participation à des élections fédérales et que, suivant l'arrêt *MacKay*, ces restrictions sont inconstitutionnelles.



The respondent seeks to distinguish *McKay* by relying on MacKinnon A.C.J.O.'s judgment in this case in the Court of Appeal at pp. 334-35 (O.R.):

It is interesting to note that the majority does not say, presumably because the by-law itself was not under attack, what was the pith and substance of the by-law. Further, the Court there was concerned with a *quasi-criminal* offence under the general by-law. In the instant case the Act creates no offence; it is a matter of possible dismissal from the civil service. There was, in other words, an absolute prohibition in the *McKay* case; in the instant case if the individual were not prepared to accept the limitations of employment imposed upon him, he could seek a leave of absence or leave his job. I can only repeat that I view the legislation here under attack as legislation with relation to labour relations in the province and I do not think that the *McKay* case is of assistance on the facts of this case.

The intervener Attorney General of Canada suggests a different line of distinction between *McKay* and this case (paragraph 6 of its factum):

... in *McKay* ... the effect of the municipal by-law was to proscribe *indiscriminately* the exercise of a right generally enjoyed by citizens of Canada. There was no proper nexus between the purpose of the by-law and its alleged "incidental" effect on property owners. In the present case, however, it is submitted that the special relationship of public servants to government provides the link between control over labour relations and the regulation of partisan political activity. [Emphasis in original.]

With great respect, I am not persuaded by attempts to distinguish *McKay*. First, I fail to see the significance, in a federalism sense, between prohibition and curtailment. The distinction suggested by the Attorney General of Canada is perhaps stronger. The purpose of the by-law in *McKay* was undoubtedly esthetic—to ensure that lawns were not cluttered with signs, especially (one presumes) commercial signs. Federal election signs, which would be erected only every three or four years and only for several weeks, do not really fit within that esthetic purpose. There is, in other words, arguably a lack of a nexus between the

L'intimé essaie de faire une distinction d'avec l'arrêt *MacKay* en invoquant les motifs rédigés en l'espèce par le juge en chef adjoint MacKinnon de la Cour d'appel, aux pp. 334 et 335 (O.R.):

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Il est intéressant de noter que la cour à la majorité ne précise pas, vraisemblablement parce que le règlement lui-même n'était pas contesté, le caractère véritable de celui-ci. De plus, dans cette affaire, la cour se trouvait en présence d'une infraction quasi criminelle prévue par le règlement général. En l'espèce, par contre, la Loi ne crée pas d'infraction; il est plutôt question de la possibilité de renvoi de la fonction publique. Autrement dit, il y avait dans l'affaire *McKay* une prohibition absolue tandis qu'en l'espèce, si la personne n'était pas prête à accepter les restrictions que lui imposait son emploi, elle pouvait demander un congé ou encore démissionner. Je ne peux que répéter que, selon moi, la mesure législative attaquée en l'espèce porte sur les relations de travail dans la province et, compte tenu <sup>c</sup> des faits de la présente affaire, je ne crois pas que l'arrêt *McKay* nous soit d'une quelconque utilité. <sup>d</sup>

L'intervenant le procureur général du Canada propose un fondement différent pour établir une distinction entre l'arrêt *McKay* et la présente affaire (paragraphe 6 de son mémoire):

[TRADUCTION] ... dans l'affaire *McKay* [...] le règlement municipal avait pour effet de prohiber *indistinctement* l'exercice d'un droit dont jouissent généralement les citoyens du Canada. Il n'existait pas de lien suffisant entre l'objet du règlement et l'effet «secondaire» qu'on lui reprochait d'avoir sur les propriétaires fonciers. En l'espèce, cependant, on prétend que le rapport spécial qui existe entre les fonctionnaires et le gouvernement <sup>e</sup> fournit le lien entre le contrôle des relations de travail et la réglementation des activités reliées à la politique partisane. [En italique dans l'original.] <sup>f</sup>

Avec égards, je trouve peu convaincantes les tentatives de faire une distinction d'avec l'arrêt *McKay*. Tout d'abord, l'importance sur le plan du fédéralisme entre une interdiction et une restriction m'échappe. La distinction que propose le procureur général du Canada a peut-être plus de poids. Le règlement en cause dans l'affaire *McKay* visait incontestablement un but esthétique, soit assurer que les pelouses ne soient pas encombrées d'enseignes, surtout (on le suppose) d'enseignes commerciales. Des pancartes relatives à des élections fédérales, qui ne seraient posées qu'à tous les trois ou quatre ans et pendant quelques semaines <sup>i</sup>

purpose of the by-law and its application to federal election signs.

Nevertheless, although it is maybe possible logically to distinguish *McKay*, my own view is that it was wrongly decided. I agree with Martland J.'s dissent (for four judges) to the effect that the by-law was in relation to property, that it was of general application and that it could permissibly have an incidental effect on certain activities in a federal election campaign. I also agree with Professor Hogg's critique of *McKay* (pp. 328-29 and 332):

It must be recalled that the "pith and substance" doctrine, exemplified by *Bank of Toronto v. Lambe*, is that a law which is in relation to a matter within jurisdiction . . . is not objectionable just because it affects a matter outside jurisdiction . . . Surely, therefore, the minority in *McKay* were right in upholding the impugned by-law, even in its application to federal election signs. Certainly, the majority did not explain why the pith and substance doctrine should not apply. Indeed, less than two years earlier, in the *Oil Chemical Workers* case (1963), the Supreme Court of Canada had decided, by a majority of four to three, that a provincial labour law could validly prohibit union donations to political parties (federal as well as provincial) of funds obtained by compulsory deduction from workers' pay. Obviously, a prohibition of union contribution has a more serious, and more biased, impact on the federal electoral process than a prohibition of residential lawn signs; and yet the prohibition of union contributions was upheld as a valid incident of a labour relations law.

. . . I welcome the tendency in the latest cases in the Supreme Court of Canada to limit interjurisdictional immunity by liberal application of the pith and substance doctrine. In *A.-G. Que. v. Kellogg's of Canada* (1978), a provincial law prohibiting cartoon-style adver-

seulement, ne relèvent pas vraiment de ce but esthétique. En d'autres termes, on peut prétendre qu'il n'existe pas de lien entre l'objet du règlement et son application aux pancartes installées dans le cadre d'une élection fédérale.

Néanmoins, bien qu'il puisse être logiquement possible de faire une distinction d'avec l'arrêt *McKay*, j'estime personnellement qu'il s'agit d'un arrêt erroné. Je suis d'accord avec les motifs de dissidence du juge Martland (qui s'est exprimé au nom de quatre juges), selon lesquels le règlement portait sur la propriété, avait une application générale et pouvait légitimement avoir un effet secondaire sur certaines activités d'une campagne électorale fédérale. Je suis en outre d'accord avec ce que dit le professeur Hogg dans sa critique de l'arrêt *McKay* (aux pp. 328, 329 et 332):

[TRADUCTION] Il faut se rappeler que le principe du «caractère véritable», dont la décision *Bank of Toronto v. Lambe* constitue une illustration, veut qu'une loi relative à une matière qui relève de la compétence du législateur [. . .] ne soit pas critiquable du simple fait qu'elle touche une matière en dehors de la compétence du législateur [. . .] Il ne fait donc pas de doute que la Cour à la minorité dans l'affaire *McKay* a eu raison de conclure à la validité du règlement attaqué, même dans la mesure où il s'appliquait aux pancartes installées dans le cadre d'élections fédérales. La Cour à la majorité n'a certainement pas expliqué pourquoi le principe du caractère véritable ne devrait pas s'appliquer. En fait, moins de deux ans auparavant, dans l'arrêt *Oil Chemical Workers* (1963), la Cour suprême du Canada avait décidé, à la majorité de quatre contre trois, qu'une loi provinciale en matière de relations de travail pouvait valablement empêcher les syndicats de faire des dons à des partis politiques (tant fédéraux que provinciaux) à même les fonds obtenus par précompte obligatoire sur le salaire des travailleurs. Évidemment, l'interdiction des contributions syndicales a un effet plus grave et plus tendancieux sur le processus électoral fédéral qu'une interdiction d'installer des pancartes sur les pelouses de quartiers résidentiels; et pourtant cette interdiction des contributions syndicales a été jugée un élément accessoire valable d'une loi régissant les relations de travail.

. . . je me réjouis de la tendance, manifestée dans les arrêts les plus récents de la Cour suprême du Canada, à limiter la portée du principe de l'exclusivité des compétences par une application libérale du principe du caractère véritable. Dans l'arrêt *P.G. Qué. c. Kellogg's of*

tising directed at children was held to be applicable to advertising on television (a federally-regulated medium). In *Construction Montcalm v. Minimum Wage Commission* (1978), a provincial minimum wage law was held to be applicable to a contractor building a runway for an airport (a federal undertaking) on federal Crown land. In *Four B Manufacturing v. United Garment Workers* (1979), a provincial labour relations law was held to be applicable to a business owned by Indians on an Indian reserve. In each case, Laskin C.J. in dissent asserted immunity from the provincial law, but Martland J. for the majority in *Kellogg's* and Beetz J. for the majority in *Construction Montcalm* and *Four B*, finding that the pith and substance of the law was a matter within provincial jurisdiction (that was not controversial, of course), held that the law could also validly affect the federal matter to which it purported to apply. In the light of these decisions, it seems unlikely that the *McKay* case would be decided the same way today.

I agree with this analysis. As Professor Hogg asserts, *McKay* is difficult to reconcile with the Court's decision in a very similar case, *Oil Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] S.C.R. 584. Moreover, it does not sit well with a leading decision by the Ontario Court of Appeal in an analogous case, *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819, where it was held that federal jurisdiction over broadcasting supported a federal law regulating radio advertising during both federal and provincial elections. *McKay* is also out of step with the doctrinal path marked out by this Court in such cases as *Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, *supra*, and *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, *supra*. I would overrule *McKay*. Accordingly, the appellants' strong reliance on *McKay* does not bear fruit.

*Canada* (1978), on a décidé qu'une loi provinciale interdisant la publicité sous forme de dessins animés destinée aux enfants était applicable à la publicité faite à la télévision (un média réglementé par le fédéral). Dans l'arrêt *Construction Montcalm c. Commission du salaire minimum* (1978), une loi provinciale sur le salaire minimum a été jugée applicable à un entrepreneur qui construisait une piste d'atterrissage pour un aéroport (une entreprise fédérale) sur des terres appartenant au gouvernement fédéral. Dans l'arrêt *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement* (1979), une loi provinciale en matière de relations de travail a été jugée applicable à une entreprise appartenant à des Indiens et située sur une réserve indienne. Dans chaque cas, le juge en chef Laskin a rédigé des motifs de dissidence dans lesquels il affirmait l'existence d'une immunité contre l'application de la loi provinciale, mais le juge Martland, au nom de la cour à la majorité dans l'arrêt *Kellogg's*, et le juge Beetz, au nom de la Cour à la majorité dans les arrêts *Construction Montcalm* et *Four B*, ont conclu que les lois en cause, de par leur caractère véritable, relevaient de la compétence provinciale (ce qui n'était évidemment pas controversé) et ont décidé que lesdites lois pouvaient aussi valablement toucher la matière fédérale à laquelle elles s'appliquaient apparemment. Compte tenu de ces arrêts, il semble peu probable que l'affaire *McKay* serait tranchée de la même façon aujourd'hui.

Je souscris à cette analyse. Comme l'affirme le professeur Hogg, l'arrêt *McKay* est difficilement conciliable avec l'arrêt rendu par cette Cour dans une affaire très semblable, *Oil Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] R.C.S. 584. De plus, il s'accorde mal avec un arrêt de principe rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans une affaire analogue, *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819, où l'on a conclu que la compétence fédérale en matière de radiodiffusion justifiait une loi fédérale réglementant la publicité radiophonique au cours d'élections tant fédérales que provinciales. L'arrêt *McKay* s'écarte en outre de la voie tracée sur le plan des principes par cette Cour dans des arrêts comme *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada* et *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, précités. Je suis donc d'avis de rejeter l'arrêt *McKay*. Par conséquent, c'est en vain que les appelants ont insisté sur l'arrêt *McKay*.

## 2. Overbreadth

The appellants also argued that the prohibitions were overbroad for two reasons. First, they apply to all civil servants, or in some instances to all Crown employees, without distinguishing between the types of jobs employees perform. Second, they cover too wide a range of political activities. During argument, counsel was asked whether he could cite any case in which the overbreadth or overreach argument had been given effect in a distribution of powers situation. The answer was in the negative. In my view, overreach in the sense here used is simply not arguable in a distribution of powers case. It might be noted in passing that the judgment of the Ontario Court of Appeal is silent on the overreach point although it was apparently argued in that Court.

## V

### The Fraser Argument

At paragraph 75 of their factum, the appellants argued that:

... Canadian constitutional jurisprudence recognizes the existence of certain fundamental political rights and freedoms in the citizens of this country to participate in federal political activities. No province has the power to reduce or to derogate from these rights and freedoms.

This is the entire written argument of the appellants on this point, which is not surprising because the appellants had expected to make their civil liberties arguments in a *Charter* context. Once the Court decided, at the beginning of the oral hearing, not to hear *Charter* arguments, the appellants were forced to ground their civil liberties submission in an alternative approach.

In oral argument, primary reliance was placed upon a passage from this Court's unanimous judgment in *Fraser*, at pp. 462-63:

... "freedom of speech" is a deep-rooted value in our democratic system of government. It is a principle of our common law constitution inherited from the United

## 2. La portée trop large

Les appelants ont soutenu également que, pour deux raisons, les interdictions étaient de portée trop large. En premier lieu, elles s'appliquent à tous les fonctionnaires ou, dans certains cas, à tous les employés de Sa Majesté, sans distinguer entre les types d'emplois qu'ils occupent. En second lieu, elles visent une gamme trop large d'activités politiques. Au cours des débats, on a demandé à l'avocat s'il pouvait citer une cause dans laquelle l'argument de la portée trop large avait été retenu relativement au partage des pouvoirs. Il a répondu par la négative. À mon avis, la portée trop large au sens où on l'entend ici n'est simplement pas plaidable dans une affaire ayant trait au partage des pouvoirs. On pourrait faire remarquer en passant que l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario ne dit rien au sujet de l'argument relatif à la portée trop large, bien que ce point ait apparemment été plaidé devant cette cour.

## V

### L'argument fondé sur l'arrêt Fraser

Au paragraphe 75 de leur mémoire, les appelants font valoir que:

[TRADUCTION] ... la jurisprudence canadienne en matière constitutionnelle reconnaît l'existence de certains droits et libertés politiques fondamentaux qui permettent aux citoyens de ce pays de participer aux activités politiques fédérales. Aucune province n'a le pouvoir de restreindre ces droits et libertés ni d'y déroger.

Voilà à quoi se réduit toute l'argumentation écrite des appelants sur ce point. Cela n'est guère surprenant puisque les appelants s'étaient attendus à présenter leurs arguments relatifs aux libertés civiles dans le contexte de la *Charte*. Après que la Cour eut décidé, au début des plaidoiries, de ne pas entendre d'arguments fondés sur la *Charte*, les appelants se voyaient dans la nécessité de trouver un autre fondement à l'argumentation relative aux libertés civiles.

Au cours des plaidoiries, on a invoqué principalement un extrait de l'arrêt unanime rendu par cette Cour dans l'affaire *Fraser*, aux pp. 462 et 463:

... la «liberté de parole» est une valeur profondément enracinée dans notre système de gouvernement démocratique. Il s'agit d'un principe de notre constitution de

Kingdom by virtue of the preamble to the *Constitution Act, 1867*.

This principle was recently reaffirmed in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, where McIntyre J., speaking for a unanimous Court, held at p. 584:

Prior to the adoption of the *Charter*, freedom of speech and expression had been recognized as an essential feature of Canadian parliamentary democracy. Indeed, this Court may be said to have given it constitutional status.

Both of these passages manifest a clear recognition that freedom of speech and expression is a fundamental animating value in the Canadian constitutional system.

It must not be forgotten, however, that no single value, no matter how exalted, can bear the full burden of upholding a democratic system of government. Underlying our constitutional system are a number of important values, all of which help to guarantee our liberties, but in ways which may sometimes conflict. It is for that reason that the passage in *Fraser* upon which the appellants rely so heavily is followed immediately by these words, at p. 463:

But [freedom of speech] is not an absolute value. Probably no values are absolute. All important values must be qualified, and balanced against, other important, and often competing, values. This process of definition, qualification and balancing is as much required with respect to the value of "freedom of speech" as it is for other values.

The *Fraser* case, which of course raised issues similar to those in the present appeal, stands for the proposition then, that the freedom of expression of public servants is a fundamental value but that certain reasonable abridgements, motivated by other competing values, may validly be authorized by a legislature. The relevant considerations in evaluating the reasonableness of the limitations are set out in *Fraser*.

*common law*, que nous avons hérité du Royaume-Uni en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Ce principe a été confirmé de nouveau récemment dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, où le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, conclut, à la p. 584:

Avant l'adoption de la *Charte*, la liberté de parole et d'expression avait été reconnue comme une caractéristique essentielle de la démocratie parlementaire canadienne. En fait, on peut dire que c'est cette Cour qui lui a conféré son statut constitutionnel.

Ces deux passages traduisent une reconnaissance claire que la liberté de parole et d'expression représente une valeur fondamentale qui anime le régime constitutionnel canadien.

Il faut toutefois se rappeler qu'aucune valeur, si noble soit-elle, ne peut à elle seule permettre de soutenir un régime de gouvernement démocratique. À la base de notre régime constitutionnel il y a un certain nombre de valeurs importantes qui contribuent toutes à garantir nos libertés, quoique les façons dont elles le font peuvent parfois entrer en conflit. C'est ce qui explique pourquoi l'extrait de l'arrêt *Fraser* sur lequel les appelants insistent tant est suivi immédiatement des mots suivants, à la p. 463:

Toutefois, [la liberté de parole n'est pas] une valeur absolue. Il n'y a probablement aucune valeur absolue. Toutes les valeurs importantes doivent être restreintes et évaluées en fonction d'autres valeurs importantes et souvent concurrentes. Ce processus de définition, de restriction et d'évaluation est aussi nécessaire pour ce qui est de la «liberté de parole» en tant que valeur qu'elle l'est pour les autres valeurs.

L'arrêt *Fraser* dans lequel, bien entendu, les questions soulevées étaient analogues à celles posées en l'espèce, établit donc que la liberté d'expression des fonctionnaires constitue une valeur fondamentale, mais que le législateur peut à bon droit autoriser certaines restrictions raisonnables motivées par d'autres valeurs concurrentes. Les facteurs dont il faut tenir compte en évaluant le caractère raisonnable des restrictions sont énoncés dans l'arrêt *Fraser*.

It would not be appropriate to enter into a detailed application of the *Fraser* principles to the facts of the present case because none of the individual appellants has actually been subjected to disciplinary proceedings. As the respondent and interveners have pointed out, in determining the proper scope of application of the restrictions on political activity contained in *The Public Service Act*, the relevant decision makers, and in particular any grievance arbitrator, must interpret the scope of the Act in light of the principles set out in *Fraser*. For example, *Fraser* establishes that the scope of the restrictions in the Act must be considered in relation to the position and public visibility of the civil servant against whom the restrictions are said to apply.

In sum, it has been determined that *The Public Service Act* in its entirety is a valid exercise of provincial legislative jurisdiction. Furthermore, the Act must be interpreted in light of *Fraser*. I would add only that nothing I have said should be taken to predetermine the relevant analysis in any potential challenge to the Act launched under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

## VI

### Conclusion

The appeal should be dismissed. The first constitutional question should be answered as follows: Sections 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, as amended, are constitutional in so far as they purport to restrain provincial civil servants and Crown employees from engaging in certain federal political activity. The second and third constitutional questions are not answered.

I would not award costs.

The judgment of Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

BEETZ J.—The issue has been stated by Laskin C.J. in the following constitutional question:

Il ne conviendrait guère de procéder à une application détaillée des principes énoncés dans l'arrêt *Fraser* aux faits de la présente affaire puisqu'aucun des appelants n'a fait l'objet de mesures disciplinaires. Comme l'ont fait remarquer l'intimé et les intervenants, en déterminant la véritable portée des restrictions que *The Public Service Act* impose relativement aux activités politiques, c'est en fonction des principes énoncés dans l'arrêt *Fraser* que les décideurs concernés, et en particulier tout arbitre d'un grief, doivent interpréter la portée de la Loi. Par exemple, l'arrêt *Fraser* établit que la portée des restrictions imposées par la Loi doit être examinée en fonction du poste et de la visibilité publique du fonctionnaire auquel on dit que les restrictions s'appliquent.

En somme, on a conclu que *The Public Service Act* constitue dans son ensemble un exercice valide de la compétence législative de la province. De plus, la Loi doit être interprétée en fonction de l'arrêt *Fraser*. J'ajouterais simplement que rien de ce que j'ai dit ne devrait être interprété comme déterminant à l'avance l'analyse qu'il conviendra de faire dans toute contestation éventuelle de la Loi, fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*.

## f

### Conclusion

Le pourvoi est rejeté. La première question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante: Les articles 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et ses modifications, sont constitutionnels dans la mesure où ils ont pour effet d'empêcher les fonctionnaires et employés provinciaux de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques au niveau fédéral. Aucune réponse n'est donnée aux deuxième et troisième questions constitutionnelles.

i Je suis d'avis de ne pas accorder de dépens.

Version française du jugement des juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest rendu par

j LE JUGE BEETZ—Le point litigieux a été exposé par le juge en chef Laskin dans la question constitutionnelle suivante:

Are ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, unconstitutional insofar as they purport to restrain provincial Civil Servants and Crown Employees from engaging in certain federal political activity?

Dans la mesure où ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques au niveau fédéral, les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, sont-ils inconstitutionnels?

## I

The Facts

The facts have been described in an agreed statement of facts, a summary of which appears in appellants' factum:

The appellant Ontario Public Service Employees Union is the bargaining agent for approximately 50,000 employees of the government of Ontario, who are subject to the Ontario *Public Service Act*.

The Appellant Marie Wilkinson is employed by the Ontario Ministry of Community and Social Services as a counsellor at a centre for the care of the mentally retarded in Blenheim, Ontario. The Appellant Edward E. Faulknor is employed by the Ministry of Revenue (Ontario) as an Assessor in Hamilton-Wentworth Office. The Appellant Russell B. Smith is employed as a lab technician by the Ministry of Natural Resources.

Each of the individual Appellants is a Crown employee, a civil servant and a member of an appellant union.

Each of the individual Appellants wishes to engage in political activities currently prohibited by the *Public Service Act*, including running for election to Parliament, canvassing and soliciting funds on behalf of political parties, and expressing opinions on political issues.

For purposes of this Appeal, the organization and philosophy of the various political parties both federally and provincially are agreed to be the same.

The political activities in which the individual appellants wished to engage were in connection with the 1979 federal elections. The individual appellants became concerned that the pursuit of such activities would subject them to disciplinary measures pursuant to *The Public Service Act*. By an originating notice of motion, they, together with their union, applied to the Supreme Court of Ontario for an order declaring unconstitutional

## I

Les faits

Les faits ont été décrits dans un exposé conjoint des faits dont un résumé figure dans le mémoire des appelants:

[TRADUCTION] L'appelant le Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario est l'agent négociateur d'environ 50 000 employés du gouvernement de l'Ontario qui sont assujettis à *The Public Service Act* de l'Ontario.

L'appellante Marie Wilkinson est employée par le ministère des Services sociaux et communautaires de l'Ontario en tant que conseillère en réadaptation dans un centre pour déficients mentaux situé à Blenheim (Ontario). L'appelant Edward E. Faulknor travaille pour le ministère du Revenu de l'Ontario en tant que contrôleur des contributions au bureau de Hamilton-Wentworth. L'appelant Russell B. Smith occupe le poste de technicien de laboratoire au ministère des Richesses naturelles.

Chacun des appelants est un employé de Sa Majesté, un fonctionnaire et un membre du syndicat appellant.

Chacun des appelants souhaite exercer des activités politiques présentement interdites par *The Public Service Act*, dont la possibilité de se porter candidat à des élections fédérales, celle de faire du démarchage et de solliciter des fonds pour des partis politiques et celle de prendre position sur des questions politiques.

Aux fins du présent pourvoi, l'organisation et la philosophie des différents partis politiques tant fédéraux que provinciaux sont reconnues comme étant les mêmes.

Les activités politiques que les appelants souhaitent exercer avaient trait aux élections fédérales de 1979. Les appelants ont craint que la poursuite de ces activités ne les expose à des mesures disciplinaires prises conformément à *The Public Service Act*. Au moyen d'un avis de requête introductif d'instance, ils ont, de concert avec leur syndicat, demandé à la Cour suprême de l'Ontario de rendre une ordonnance déclarant inconstitutionnels les

ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, hereinafter referred to as the Act.

art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, ci-après appelée la Loi.

## II

### The Legislation

The impugned sections of the Act provide as follows:

12.—(1) Except during a leave of absence granted under subsection 2, a Crown employee shall not,

- (a) be a candidate in a provincial or federal election or serve as an elected representative in the legislature of any province or in the Parliament of Canada;
- (b) solicit funds for a provincial or federal political party or candidate; or
- (c) associate his position in the service of the Crown with any political activity.

(2) Any Crown employee, other than a deputy minister or any other Crown employee in a position or classification designated in the regulations under clause *u* of subsection 1 of section 29, who proposes to become a candidate in a provincial or federal election shall apply through his minister to the Lieutenant Governor in Council for leave of absence without pay for a period,

- (a) not longer than that commencing on the day on which the writ for the election is issued and ending on polling day; and
- (b) not shorter than that commencing on the day provided by statute for the nomination of candidates and ending on polling day,

and every such application shall be granted.

(3) Where a Crown employee who is a candidate in a provincial or federal election is elected, he shall forthwith resign his position as a Crown employee.

(4) Where a Crown employee who has resigned under subsection 3,

- (a) ceases to be an elected political representative within five years of the resignation; and
- (b) applies for reappointment to his former position or to another position in the service of the Crown for which he is qualified within three months of ceasing to be an elected political representative,

he shall be reappointed to the position upon its next becoming vacant.

## II

### <sup>a</sup> Les textes législatifs

Les dispositions contestées de la Loi sont ainsi conçues:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] 12.—(1) Nul employé de Sa Majesté ne doit

- <sup>a</sup> se porter candidat à des élections provinciales ou fédérales ni siéger en tant que député provincial ou fédéral; ni
- <sup>c</sup> solliciter des fonds pour un parti politique provincial ou fédéral ou pour un candidat; ni
- <sup>c</sup> relier son poste dans la fonction publique à des activités politiques,

<sup>d</sup> si ce n'est pendant un congé accordé en vertu du paragraphe 2.

(2) Un employé de Sa Majesté, autre qu'un sous-ministre ou tout autre employé dont le poste ou la classification est désigné par voie de règlement pris en vertu de l'alinéa 29(1)*u*, qui se propose de se porter candidat à des élections provinciales ou fédérales doit, par l'intermédiaire de son ministre, adresser au lieutenant-gouverneur en conseil une demande de congé sans traitement

- <sup>e</sup> a) pour une durée maximale calculée à partir du jour de la délivrance du bref d'élection jusqu'au jour du scrutin; et
- <sup>e</sup> b) pour une durée minimale calculée à partir du jour prévu par la loi pour les mises en candidature jusqu'au jour du scrutin,

<sup>f</sup> et toute demande à cet effet doit être accueillie.

(3) Lorsqu'un employé de Sa Majesté qui s'est porté candidat à des élections provinciales ou fédérales est élu, il doit immédiatement démissionner du poste qu'il occupe comme employé de Sa Majesté.

(4) L'employé de Sa Majesté qui a démissionné en vertu du paragraphe 3,

- <sup>g</sup> a) qui cesse d'être un député dans les cinq ans de sa démission; et
- <sup>g</sup> b) qui demande, dans les trois mois de la date où il cesse d'être député, d'être réintégré dans son ancien poste ou d'être nommé à un autre poste dans la fonction publique pour lequel il est qualifié,

<sup>h</sup> doit être réintégré dans son poste ou nommé à un autre dès qu'une vacance survient.



(5) Where a Crown employee has been granted leave of absence under subsection 2 and was not elected, or resigned his position under subsection 3 and was reappointed under subsection 4, the period of the leave of absence or resignation shall not be computed in determining the length of his service for any purpose, and the service before and after such period shall be deemed to be continuous for all purposes.

13.—(1) A civil servant shall not during a provincial or federal election canvass on behalf of a candidate in the election.

(2) Notwithstanding subsection 1, a deputy minister or any other Crown employee in a position or classification designated in the regulations under clause *u* of subsection 1 of section 29 shall not at any time canvass on behalf of or otherwise actively work in support of a provincial or federal political party or candidate.

14. Except during a leave of absence granted under subsection 2 of section 12, a civil servant shall not at any time speak in public or express views in writing for distribution to the public on any matter that forms part of the platform of a provincial or federal political party.

15. A Crown employee shall not during working hours engage in any activity for or on behalf of a provincial or federal political party.

16. A contravention of section 11, 12, 13, 14 or 15 shall be deemed to be sufficient cause for dismissal.

Civil servants and Crown employees are defined in s. 1(a) and (e) of the Act:

1. ...

(a) "civil servant" means a person appointed to the service of the Crown by the Lieutenant Governor in Council on the certificate of the Commission or by the Commission, and "civil service" has a corresponding meaning;

(e) "Crown employee" means a person employed in the service of the Crown or any agency of the Crown, but does not include an employee of Ontario Hydro or the Ontario Northland Transportation Commission;

### III

#### Procedural History and Judgments of the Courts Below

The case was heard and decided by the Supreme Court of Ontario (1979), 24 O.R. (2d) 324, 98

(5) Lorsqu'un employé de Sa Majesté a obtenu un congé en vertu du paragraphe 2 et qu'il ne s'est pas fait élire, ou lorsqu'il a démissionné de son poste en vertu du paragraphe 3 et qu'il a été réintégré dans ses fonctions en vertu du paragraphe 4, la période visée par le congé ou la démission n'est pas incluse dans la détermination de la durée de son ancienneté à quelque fin que ce soit, et la prestation de ses services avant et après cette période est réputée continue à toutes fins.

13.—(1) Nul fonctionnaire ne fera du démarchage pour un candidat à des élections provinciales ou fédérales.

(2) Nonobstant le paragraphe 1, un sous-ministre ou tout autre employé de Sa Majesté, dont le poste ou la classification est désigné par voie de règlement pris en vertu de l'alinéa 29(1)*u*, ne doit à aucun moment faire du démarchage ou travailler activement pour un parti politique provincial ou fédéral ou pour un candidat.

14. Un fonctionnaire ne doit à aucun moment prendre la parole en public ni exprimer des opinions écrites destinées à être diffusées auprès du public sur une question qui fait partie du programme d'un parti politique provincial ou fédéral, si ce n'est pendant un congé accordé en vertu du paragraphe 12(2).

15. Nul employé de Sa Majesté ne doit pendant les heures de travail exercer une activité pour le compte d'un parti politique provincial ou fédéral.

16. Toute contravention aux articles 11, 12, 13, 14 ou 15 est réputée constituer une cause suffisante de renvoi.

Les expressions «fonctionnaire» et «employé de Sa Majesté» sont définies aux al. 1a) et e) de la Loi:

[TRADUCTION] 1. ...

a) «fonctionnaire» désigne une personne nommée au service de Sa Majesté par le lieutenant-gouverneur en conseil sur attestation de la Commission ou par la Commission, et «fonction publique» a un sens correspondant;

e) «employé de Sa Majesté» désigne une personne au service de Sa Majesté ou d'un organisme de Sa Majesté, mais ne comprend pas un employé d'Ontario Hydro ou de la Commission de transport Ontario Northland;

### III

#### L'historique des procédures et les jugements des tribunaux d'instance inférieure

La Cour suprême de l'Ontario (1979), 24 O.R. (2d) 324, 98 D.L.R. (3d) 168, et la Cour d'appel

D.L.R. (3d) 168, and the Ontario Court of Appeal (1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661, before the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* came into force and it proceeded on grounds related to the distribution of powers between Parliament and the legislatures.

The main challenge to the impugned provisions was that they allegedly relate to federal elections, a field reserved to the exclusive legislative competence of Parliament. It was alternatively submitted that even if the impugned provisions are otherwise valid as relating to a provincial object, they cannot constitutionally be construed so as to extend to or embrace the core of a federal matter such as federal elections.

The Attorney General for Ontario took the position that the impugned provisions were entirely authorized by s. 92(1), (4) and (13) of the *Constitution Act, 1867*:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

1. The Amendment from Time to Time, notwithstanding anything in this Act, of the Constitution of the Province, except as regards the Office of Lieutenant Governor.

4. The Establishment and Tenure of Provincial Offices and the Appointment and Payment of Provincial Officers.

13. Property and Civil Rights in the Province.

In his oral reasons, Labrosse J., who heard and dismissed the application, said he did not reject the submission based on s. 92(1) and (4) but that he found the argument based on s. 92(13) much more persuasive. He said:

The Public Service Act provides for the general regulation of the hiring, dismissal and terms and conditions of employment of the civil service. The Act is really employer-employee legislation.

de l'Ontario (1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661, ont entendu et tranché la présente affaire avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette affaire était fondée sur des moyens relatifs au partage des pouvoirs entre le Parlement et les législatures des provinces.

On reprochait principalement aux dispositions contestées de viser les élections fédérales, un domaine de compétence législative exclusive du Parlement. Subsidiairement, on a fait valoir que, même si ces dispositions étaient par ailleurs valides parce que reliées à un objet provincial, elles ne peuvent être interprétées, sur le plan constitutionnel, de manière à s'appliquer à l'élément central d'une matière fédérale comme les élections fédérales, ni à englober un tel élément.

Le procureur général de l'Ontario a soutenu que les dispositions contestées étaient entièrement autorisées par les par. 92(1), (4) et (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

1. L'amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur;

4. la création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux;

13. la propriété et les droits civils dans la province;

Dans ses motifs oraux, le juge Labrosse qui a entendu et rejeté la requête a affirmé qu'il ne rejetait pas l'argument fondé sur les par. 92(1) et (4), mais qu'il trouvait beaucoup plus convaincant l'argument fondé sur le par. 92(13). Il a dit:

[TRADUCTION] The Public Service Act réglemente d'une manière générale l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique. Il s'agit vraiment d'une loi sur les relations employeur-employé.

And he held:

The impugned legislation is in pith and substance labour legislation in relation to conditions of employment to preserve the impartiality of the civil service and therefore constitute property and civil rights in the Province.

Labrosse J. further held, quoting Henry J. in *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 353, at p. 362, that in so far as the impugned provisions affected the political activities of civil servants in federal elections, they did so "incidentally, as part of a wider legislative scheme to promote labour relations, a valid provincial object".

The Ontario Court of Appeal unanimously affirmed the judgment of Labrosse J. as well as its rationale.

The lamented MacKinnon A.C.J.O., speaking for himself and for Wilson and Goodman J.J.A., reviewed the principles relating to the political impartiality of the public service and underlined their vital relationship to a system of responsible government in Canada. He wrote at p. 330 (O.R.):

If one accepts that the political neutrality or impartiality of Crown servants is a necessary and fundamental doctrine of the Canadian Constitution, adopted from the Constitution of the United Kingdom, there is considerable force in the argument that the legislation here attacked, inasmuch as it simply gives legislative effect to an existing convention, is competent under ss. 92(1) and 92(4) of the *B.N.A. Act*.

However, in answering what Mr. Justice Labrosse described as the real issue, namely whether it is within the competence of the Province to restrict Crown employees and civil servants in federal political activities, I would prefer to rest that answer as he did, on the effect to be given here to s. 92(13) of the *B.N.A. Act*. There is no question but that, under that head of legislative power, the Provinces have jurisdiction over labour relations in the Province.

MacKinnon A.C.J.O. added at p. 331:

Et il a conclu:

[TRADUCTION] La loi contestée est, de par son caractère véritable, une loi ouvrière qui vise les conditions de travail de manière à assurer l'impartialité de la fonction publique, et elle relève donc de la propriété et des droits civils dans la province.

Le juge Labrosse a également conclu, en citant le juge Henry dans la décision *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 353, à la p. 362, que, dans la mesure où les dispositions contestées touchaient les activités politiques des fonctionnaires lors d'élections fédérales, elles ne le faisaient qu'«accessoirement, dans le cadre d'un régime législatif plus large destiné à promouvoir les relations de travail, ce qui constitue un objet provincial régulier».

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé à l'unanimité la décision du juge Labrosse ainsi que son raisonnement.

Le regretté juge en chef adjoint MacKinnon, s'exprimant en son propre nom et en celui des juges Wilson et Goodman, a passé en revue les principes relatifs à l'impartialité politique de la fonction publique et a souligné leur importance vitale quant à l'existence d'un régime de gouvernement responsable au Canada. Il écrit, à la p. 330 (O.R.):

[TRADUCTION] Si on accepte que la neutralité ou l'impartialité politique des fonctionnaires de Sa Majesté est un précepte nécessaire et fondamental de la Constitution canadienne, inspiré de la Constitution du Royaume-Uni, l'argument portant que la loi contestée en l'espèce, dans la mesure où elle confère un effet législatif à une convention existante, est valide en vertu des par. 92(1) et 92(4) de l'*A.A.N.B.*, a un poids considérable.

Toutefois, en répondant à ce que M. le juge Labrosse a décrit comme étant la vraie question, savoir s'il relève de la compétence de la province de restreindre les activités politiques des employés de Sa Majesté et des fonctionnaires, je préfère fonder cette réponse, comme il l'a fait, sur l'effet à donner ici au par. 92(13) de l'*A.A.N.B.* Il ne fait pas de doute que, en vertu de ce chef de compétence législative, les provinces ont compétence sur les relations de travail dans la province.

Le juge en chef adjoint MacKinnon ajoute, à la p. 331:

The people of Ontario also have a special interest in the impartiality of its civil service. It can be said, accordingly, that, as well as being legislation with relation to labour relations in the Province, the legislation in question, viewed from another perspective, is also legislation designed to protect the civil rights of Ontario residents generally to have an impartial civil service.

The appeal was accordingly dismissed.

Leave to appeal was granted by this Court on March 2, 1981.

The following are constitutional questions as stated by Laskin C.J. and as revised and supplemented by Dickson C.J.:

1. Are ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, unconstitutional insofar as they purport to restrain provincial Civil Servants and Crown Employees from engaging in certain federal political activity?

2. Do ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2, 3 and/or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* insofar as they purport to restrain provincial Civil Servants and Crown Employees from engaging in certain federal and provincial political activity?

3. If ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, infringe or deny ss. 2 and 3, and/or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are these sections justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

At the start of the hearing before this Court, the Attorney General for Ontario, supported by several intervening Attorneys General, contended that the Court should not entertain the *Charter* issues because all the political activities in question were pre-*Charter* and neither of the Courts below had heard *Charter* submissions. After argument, the Court decided (Dickson C.J. and Chouinard and Le Dain JJ. dissenting) that the Court would not hear or decide the *Charter* issues.

[TRANSLATION] La population ontarienne a elle aussi un intérêt particulier à ce que sa fonction publique soit impartiale. On peut donc dire que, tout en étant une loi portant sur les relations de travail dans la province, la loi en question, prise sous un autre angle, est également une loi destinée à protéger les droits civils à une fonction publique impartiale qu'ont, de manière générale, les résidents de l'Ontario.

L'appel a donc été rejeté.

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée le 2 mars 1981.

Voici les questions constitutionnelles qui ont été formulées par le juge en chef Laskin et qui ont été révisées et complétées par le juge en chef Dickson:

1. Dans la mesure où ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques au niveau fédéral, les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, sont-ils inconstitutionnels?

2. Dans la mesure où ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques aux niveaux fédéral et provincial, les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par les art. 2 et 3 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Si les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et ses modifications portent atteinte aux droits et libertés garantis par les art. 2 et 3 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces articles sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, non incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Au début de l'audience en cette Cour, le procureur général de l'Ontario, appuyé par plusieurs procureurs généraux intervenants, a soutenu que la Cour ne devrait pas aborder les questions relatives à la *Charte* parce que toutes les activités politiques en cause étaient antérieures à la *Charte* et que ni l'un ni l'autre tribunal d'instance inférieure n'avait entendu d'arguments fondés sur la *Charte*. Après que ce point eut été débattu, la Cour a décidé (le juge en chef Dickson et les juges Chouinard et Le Dain étant dissidents) qu'elle n'entendrait pas et ne trancherait pas les questions relatives à la *Charte*.

The case then proceeded on written and oral submissions based upon the distribution of legislative powers and on oral submissions based upon a fundamental rights and freedoms argument derived from certain statements in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455.

It should also be noted that s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867* has now been replaced by s. 45 of the *Constitution Act, 1982*, as qualified by the other provisions of Part V of the latter Act, entitled "Procedure for amending Constitution of Canada". However, the impugned provisions antedate the coming into force of this procedure; their constitutional validity will accordingly be examined in the light of the law in force at the time of their enactment. It may well be thought that the coming into force of the amending procedure has not altered the power of the province to amend its own constitution but I refrain from expressing any view on the matter.

#### IV

##### The Distribution of Powers

The submissions made to us by the appellants and the respondent with respect to the distribution of powers were, with some amplification, essentially the same as those presented to the Courts below. They are set out above in summary form.

All the intervening Attorneys General spoke in support of the conclusions sought by the Attorney General for Ontario.

I should state at the outset that I reach the same conclusions as the Courts below. But I reach them for different reasons.

In my respectful opinion, the impugned provisions are not related to the field of federal elections, as is submitted by the appellants. But neither can they be constitutionally justified on the basis, or at least on the sole basis, that they are in pith and substance labour relations legislation and therefore a matter of property and civil rights in the province. I am rather of the view that the impugned provisions are an amendment of the

On a alors présenté des arguments écrits et oraux fondés sur le partage des pouvoirs législatifs ainsi que des plaidoiries fondées sur un moyen relatif aux droits et libertés fondamentaux tiré de certaines déclarations contenues dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

Notons également que le par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est maintenant remplacé l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont la portée est restreinte par les autres dispositions de la partie V de cette dernière loi, intitulée «Procédure de modification de la Constitution du Canada». Cependant, les dispositions contestées sont antérieures à l'entrée en vigueur de cette procédure; leur constitutionnalité sera donc examinée en fonction de la loi en vigueur au moment de leur adoption. On peut bien penser que l'entrée en vigueur de la procédure de modification n'a rien changé au pouvoir de la province de modifier sa propre constitution, mais je m'abstiens d'exprimer quelque opinion sur le sujet.

#### IV

##### Le partage des pouvoirs

À part quelques ajouts, les arguments que nous ont présentés les appelants et l'intimé au sujet du partage des pouvoirs sont essentiellement les mêmes que ceux présentés devant les tribunaux d'instance inférieure. Je les ai déjà résumés.

Tous les procureurs généraux intervenants ont appuyé les conclusions recherchées par le procureur général de l'Ontario.

Je dois dire dès le départ que je tire les mêmes conclusions que les tribunaux d'instance inférieure, mais pour des motifs différents.

Avec égards, les dispositions contestées n'ont rien à voir avec le domaine des élections fédérales comme le soumettent les appelants. Mais elles ne peuvent pas non plus être justifiées du point de vue constitutionnel pour le motif, ou tout au moins pour le seul motif, qu'elles constituent, de par leur caractère véritable, des dispositions en matière de relations de travail et qu'elles relèvent, par conséquent, de la propriété et des droits civils dans la

constitution of the province and that they are also related to the tenure of provincial offices.

### 1. *Property and Civil Rights in the Province*

I begin by saying why I have difficulty in agreeing with the characterization given by the Courts below to the Act as a whole as well as to its impugned provisions.

I start with the proposition advanced by the Court of Appeal that the legislation in question can be viewed as “designed to protect the civil rights of Ontario residents generally to have an impartial civil service”. It seems to me that in so far as this legislation can be said to confer rights, individual or collective, upon the Ontario residents to have an impartial civil service, such rights are not civil but rather public or political rights. To quote Professor Hogg, in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 454, these rights do not form part of the

... body of private law which governs the relationships between subject and subject, as opposed to the law which governs the relationships between the subject and the institutions of government.

For much the same reasons, I find it difficult to regard the Act simply as “employer-employee” legislation.

Many of the public servants mostly affected by the impugned provisions are more than mere employees of the Crown. They include all deputy ministers, and, under the regulations referred to in s. 12(2) of the Act, they comprise, for instance, for each ministry including agencies, boards and commissions, public servants such as the assistant deputy minister, the executive director, the executive secretary, the general manager, the branch director as well as full-time heads and full-time members of boards, agencies and commissions. In the Ministry of the Attorney General, to take another example, they comprise positions and classifications such as the following ones: court administrator, crown attorney of Toronto and York, crown law officers 1, 2 and 3, judges of the Small Claims Court, justices of the peace, the

province. Je suis plutôt d’avis que les dispositions attaquées sont une modification de la constitution de la province et qu’elles ont également trait à la durée des charges provinciales.

### <sup>a</sup> 1. *La propriété et les droits civils dans la province*

Je dois tout d’abord dire pourquoi il m’est difficile d’accepter la façon dont les tribunaux d’instance inférieure ont qualifié la Loi dans son ensemble ainsi que ses dispositions contestées.

Commençons par la proposition formulée par la Cour d’appel portant que la loi en question peut être considérée comme une loi «destinée à protéger les droits civils à une fonction publique impartiale qu’ont, de manière générale, les résidents de l’Ontario.» Il me semble que, dans la mesure où on peut dire que cette loi confère aux résidents de l’Ontario des droits, individuels ou collectifs, d’avoir une fonction publique impartiale, ces droits sont non pas civils, mais plutôt publics ou politiques. Pour citer le professeur Hogg, dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), à la p. 454, ces droits ne font pas partie de

[TRADUCTION] ... l’ensemble des règles de droit privé qui régissent les relations entre citoyens, par opposition au droit qui régit les relations entre les citoyens et les institutions gouvernementales.

<sup>f</sup> Pour à peu près les mêmes raisons, il m’est difficile de considérer la Loi simplement comme une loi sur les relations «employeur-employé».

<sup>g</sup> Plusieurs des fonctionnaires les plus touchés par les dispositions contestées sont plus que de simples employés de Sa Majesté. On compte parmi eux tous les sous-ministres et, en vertu du règlement mentionné au par. 12(2) de la Loi, ce sont, par exemple, pour chaque ministère comprenant des agences, des offices et des commissions, des fonctionnaires comme le sous-ministre adjoint, le directeur exécutif, le secrétaire exécutif, le directeur général, le directeur de section ainsi que les chefs et les membres à plein temps des offices, agences et commissions. Au ministère du Procureur général, pour citer un autre exemple, sont visés notamment les postes et classifications suivants: l’administrateur judiciaire, le substitut du procureur général de Toronto et York, les conseillers juridiques du procureur général de niveaux 1, 2 et 3, les

local master of the Supreme Court of Ontario, provincial judges, the registrar of boards and commissions, the registrar of the Supreme Court of Ontario. To repeat, these are not mere employees. They are the holders of public office and many of them exercise important powers given to them by law.

The Act accordingly provides, in s. 10, that every civil servant shall subscribe an oath of office and secrecy as well as an oath of allegiance to the sovereign, and that any person or class of persons appointed to the unclassified civil service may be required to subscribe either or both the oaths. The oath of office comprises an undertaking to observe and comply with the laws of Canada and Ontario, which include the impugned provisions and it goes without saying that the subscribing of this oath is not negotiable. A provision of this type is unexpected, to say the least, in an employer-employee legislation or in an act regulating labour relations, but is very much in order in a law relating to the constitution of the province and to the tenure of provincial offices.

I realize that the number of public servants who fall into the above-described categories constitutes but a minority of the public service. However they are more affected than others by the impugned provisions since they cannot be given a leave of absence to carry on political activity; and it seems to me that they cannot be governed by those provisions except under the constitutional authority of some head of power other than property and civil rights.

As for civil servants who do not exercise powers but whose functions are simply advisory, professional or even clerical, they nevertheless hold an office, since they must subscribe what the Act labels an oath of office. They are not merely hired by the Crown but appointed to the service of the Crown by the Lieutenant-Governor in Council on the certificate of the Civil Service Commission and, under the Act, they are given a special and, in

juges de la Cour des petites créances, les juges de paix, le protonotaire local de la Cour suprême de l'Ontario, les juges provinciaux, le greffier des offices et commissions, le greffier de la Cour suprême de l'Ontario. Encore une fois, ce ne sont pas de simples employés. Ils occupent une charge publique et plusieurs d'entre eux exercent des pouvoirs importants que leur confère la loi.

<sup>b</sup> La Loi prévoit donc, à l'art. 10, que chaque fonctionnaire doit prêter un serment d'entrée en fonction et de discrétion ainsi qu'un serment d'allégeance à la souveraine, et que chaque personne ou catégorie de personne nommée à un poste de la fonction publique sans classification peut être requise de prêter l'un ou l'autre des serments ou les deux à la fois. Le serment d'entrée en fonction comprend un engagement à observer et à respecter <sup>c</sup> les lois du Canada et de l'Ontario, ce qui inclut les dispositions contestées, et il va sans dire que la prestation de ce serment n'est pas négociable. Une disposition de ce genre est pour le moins inattendue dans une loi sur les relations employeur-employé ou dans une loi régissant les relations de travail, mais elle est tout à fait de mise dans une loi concernant la constitution de la province et la durée des charges provinciales.

<sup>f</sup> Je suis conscient que les fonctionnaires qui se situent dans les catégories que je viens de décrire ne représentent qu'une minorité dans la fonction publique. Cependant, ils sont plus touchés que <sup>g</sup> d'autres par les dispositions contestées puisqu'ils ne peuvent obtenir un congé pour exercer des activités politiques; et il me semble qu'ils ne peuvent être visés par ces dispositions si ce n'est en vertu de l'autorité constitutionnelle d'un chef de <sup>h</sup> compétence autre que la propriété et les droits civils.

Quant aux fonctionnaires qui n'exercent aucun pouvoir mais qui remplissent simplement des fonctions professionnelles, de consultation ou même de secrétariat, ils occupent néanmoins une charge puisqu'ils doivent prêter ce que la Loi appelle un serment d'entrée en fonction. Ils ne sont pas simplement embauchés par Sa Majesté, ils sont <sup>j</sup> nommés au service de Sa Majesté par le lieutenant-gouverneur en conseil sur attestation de la

my view, a public status which extends beyond the limits of civil rights.

There remains the category of Crown employees who are not included in the classified service. Their relationship with the Crown may well be governed by the law of contract, whether it be on an individual or on a collective basis, but the obligation to comply with the impugned provisions is not negotiable for them either and does not flow from their contract of employment. It is derived from the Act, a public law of Ontario which imposes this obligation upon them because they are employed in the service of the state.

We are not called upon to characterize the Act as a whole, as opposed to the impugned provisions. Yet it is worth observing that the only sections of the Act which can be considered as straight labour relations provisions are ss. 27, 28 and 28a which regulate the collective bargaining of the Ontario Provincial Police Force, a special case. The rest of the Act, a relatively short act comprising 32 sections, contains provisions several of which are not related directly or not related at all to labour relations. Thus, s. 1 is a definition section. Sections 2 and 3 provide for the composition and responsibility of the Civil Service Commission. I have already referred to s. 10 relating to oaths of office, secrecy and allegiance. Section 11 allows political activities in municipal elections at certain conditions, and provided that candidacies, services and activities be not affiliated with or sponsored by provincial or federal political parties. Sections 11, 12, 13, 14, 15 and 16 are the impugned provisions. Sections 23 and 24 provide for delegation of powers by deputy ministers and the Commission. I have already referred also to ss. 26, 27, 28 and 28a which relate to the labour relations of the Ontario Provincial Police Force. Finally, s. 29 confers broad regulatory powers to the Commission, subject to the approval of the Lieutenant-Governor in Council. The objects of these regulations comprise classifications for positions including salaries except classifications in which salaries are determined through bargaining pursuant to *The Crown Employees Collective Bargaining Act, 1972, S.O.*

Commission de la fonction publique et ils se voient conférer, en vertu de la Loi, un statut spécial et, à mon avis, public qui va au-delà des limites des droits civils.

<sup>a</sup> Reste la catégorie des employés de Sa Majesté qui n'occupent pas un poste classifié dans la fonction publique. Leurs rapports avec Sa Majesté peuvent bien être régis par le droit des contrats, <sup>b</sup> que ce soit sur une base individuelle ou collective, mais eux non plus ne peuvent négocier l'obligation de se conformer aux dispositions contestées et cette obligation ne découle pas de leur contrat de travail. Elle découle de la Loi, une loi publique de <sup>c</sup> l'Ontario qui leur impose cette obligation parce qu'ils sont au service de l'État.

On ne nous demande pas de qualifier la Loi dans <sup>d</sup> son ensemble, par opposition aux dispositions contestées. Pourtant, il vaut la peine de souligner que les seuls articles de la Loi qui peuvent être considérés comme des dispositions qui portent directement sur les relations de travail sont les art. 27, 28 et <sup>e</sup> l'al. 28a qui réglementent la négociation collective de la Sûreté de l'Ontario, un cas spécial. Le reste de la Loi, qui est relativement courte vu qu'elle ne compte que 32 articles, contient des dispositions dont plusieurs ne sont pas directement liées, ou ne sont pas liées du tout, aux relations de travail. <sup>f</sup> Ainsi, l'article 1 est un article de définition. Les articles 2 et 3 prescrivent la composition et les attributions de la Commission de la fonction publique. <sup>g</sup> J'ai déjà parlé de l'art. 10 qui a trait aux serments d'entrée en fonction, de discrétion et d'allégeance. L'article 11 autorise les activités politiques lors d'élections municipales à certaines conditions et pourvu que les candidatures, les services <sup>h</sup> et les activités ne soient pas rattachés à des partis politiques provinciaux ou fédéraux ni parrainés par ceux-ci. Les articles 11, 12, 13, 14, 15 et 16 sont les dispositions contestées. Les articles 23 et 24 prévoient la délégation de pouvoirs par les sous-ministres et la Commission. <sup>i</sup> J'ai également déjà mentionné les art. 26, 27, 28 et l'al. 28a qui ont trait aux relations de travail de la Sûreté de l'Ontario. Enfin, l'art. 29 confère de larges pouvoirs de réglementation à la Commission, sous réserve de <sup>j</sup> l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil. Ces règlements portent notamment sur les classifi-



1972, c. 67, defining overtime work, and the regulation of conduct of public servants, including the imposition of fines, removal from employment and demotion, and the designation of positions or classifications for the purpose of s. 11. Subsection 29(3) provides that a collective agreement prevails where it conflicts with a regulation.

Thus, the Act does contain some elements relating to labour relations, but they are not its chief characteristics as they are for instance in *The Crown Employees Collective Bargaining Act, 1972*.

While it can be said also that the Act provides for the general regulation of the hiring, dismissal and terms and conditions of employment of the provincial public service, many of its provisions, including the impugned provisions, can only be explained and justified by the fact that the employment in question is public employment. That is why they cannot in my opinion be grounded, or be grounded only in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. But they can be fully grounded in s. 92(1) and (4).

## 2. *The Amendment of the Constitution of the Province*

Section 92(1) of the *Constitution Act, 1867* provides for the process whereby the constitution of the province can be amended. This process is an ordinary law or statute of the provincial legislature. But the *Constitution Act, 1867* nowhere defines the expression "constitution of the province".

The constitution of Ontario, like that of the other provinces and that of the United Kingdom, but unlike that of many states, is not to be found in a comprehensive, written instrument called a constitution. It is partly contained in a variety of statutory provisions. Some of these provisions have been enacted by the Parliament at Westminster, such as ss. 58 to 70 and ss. 82 to 87 of the

actions de poste y compris les traitements à l'exception des classifications dans lesquelles les traitements sont fixés par voie de négociation conformément à *The Crown Employees Collective Bargaining Act, 1972*, S.O. 1972, chap. 67, qui définit le travail en surtemps, et sur la réglementation de la conduite des fonctionnaires, y compris l'imposition d'amendes, le renvoi et la rétrogradation, ainsi que la désignation de postes ou de classifications aux fins l'art. 11. Le paragraphe 29(3) prévoit que la convention collective prévaut lorsqu'elle entre en conflit avec un règlement.

Ainsi, la Loi contient bien des éléments relatifs aux relations de travail, mais ils ne constituent pas ses caractéristiques principales comme c'est le cas par exemple dans *The Crown Employees Collective Bargaining Act, 1972*.

Bien qu'on puisse également dire que la Loi réglemente d'une manière générale l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique provinciale, un bon nombre de ses dispositions, y compris les dispositions contestées, ne peuvent s'expliquer et se justifier que par le fait que l'emploi en question est un emploi public. C'est pourquoi elles ne peuvent à mon avis être fondées, ou être fondées uniquement, sur le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Mais elles peuvent être entièrement fondées sur les par. 92(1) et (4).

## 2. *La modification de la constitution de la province*

Le paragraphe 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* prescrit la méthode par laquelle la constitution de la province peut être modifiée. Cette méthode consiste en l'adoption d'une loi ordinaire par la législature provinciale. Toutefois, la *Loi constitutionnelle de 1867* ne définit nulle part l'expression «constitution de la province».

La constitution de l'Ontario, comme celle des autres provinces et du Royaume-Uni, mais contrairement à celle de nombreux États, ne se trouve pas dans un document complet appelé constitution. Elle se trouve en partie dans une variété de dispositions législatives. Certaines de ces dispositions ont été adoptées par le Parlement de Westminster, comme les art. 58 à 70 et 82 à 87 de la *Loi*

*Constitution Act, 1867*. Other provisions relating to the constitution of Ontario have been enacted by ordinary statutes of the Legislature of Ontario, for instance *The Legislative Assembly Act*, R.S.O. 1970, c. 240; *The Representation Act*, R.S.O. 1970, c. 413, and *The Executive Council Act*, R.S.O. 1970, c. 153.

Another part of the constitution of Ontario consists of the rules of the common law, developed or recognized over the years by the courts. Many of these common law rules concern the royal prerogative. For instance, they have put the Crown in right of the province in a preferred position as a creditor (*Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] App. Cas. 437) and with respect to the inheritance of lands for defect of heirs (*Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767).

As was explained in *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at pp. 876-78, with respect to the Constitution of Canada—but the same can generally be said of the constitution of Ontario—“those parts which are composed of statutory rules and common law rules are generically referred to as the law of the constitution”. In addition, the constitution of Ontario comprises rules of a different nature but of great importance called conventions of the constitution. The most fundamental of these is probably the principle of responsible government which is largely unwritten, although it is implicitly referred to in the preamble of the *Constitution Act, 1867*, and one of its facets is articulated in s. 83 of this Act—possibly spent—which, in Ontario and Quebec, “Until the Legislature of Ontario or of Quebec otherwise provides”, puts a restriction on the election of holders of offices other than ministerial offices.

If Ontario were a unitary state, like the United Kingdom, the question whether a given enactment forms part of its constitution or amends its constitution could be resolved in the affirmative by only one relatively simple test: is the enactment consti-

*constitutionnelle de 1867*. D'autres dispositions relatives à la constitution de l'Ontario ont été adoptées par voie de lois ordinaires de la législature de l'Ontario comme, par exemple, *The Legislative Assembly Act*, R.S.O. 1970, chap. 240, *The Representation Act*, R.S.O. 1970, chap. 413, et *The Executive Council Act*, R.S.O. 1970, chap. 153.

Une autre partie de la constitution de l'Ontario est formée de règles de *common law*, énoncées ou reconnues au cours des ans par les tribunaux. Plusieurs de ces règles de *common law* concernent la prérogative royale. Par exemple, elles ont placé Sa Majesté du chef de la province dans une situation privilégiée en tant que créancière (*Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] App. Cas. 437) et en ce qui concerne l'héritage de terres à défaut d'héritiers (*Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767).

Comme on l'explique dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, aux pp. 876 à 878, au sujet de la Constitution du Canada—mais de façon générale, on peut dire la même chose de la constitution de l'Ontario—«On désigne du terme générique de droit constitutionnel les parties [...] qui sont formées de règles législatives et de règles de *common law*». En outre, la constitution de l'Ontario comprend des règles d'une nature différente mais d'une grande importance appelées conventions de la constitution. La plus fondamentale d'entre elles est probablement le principe du gouvernement responsable qui est en grande partie non écrit, bien qu'il soit mentionné implicitement dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'une de ses facettes soit formulée à l'art. 83 de cette loi, peut-être désuète, qui, en Ontario et au Québec, et «Jusqu'à ce que la Législature de l'Ontario ou du Québec en ordonne autrement», établit une restriction quant à l'élection de titulaires de charges autres que les charges de ministres.

Si l'Ontario était un État unitaire, comme le Royaume-Uni, la question de savoir si une disposition donnée fait partie de sa constitution ou la modifie pourrait recevoir une réponse affirmative par l'application d'un seul critère relativement

tutional in nature? In other words, is the enactment in question, by its object, relative to a branch of the government of Ontario or, to use the language of this Court in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, at p. 1024, does "it [bear] on the operation of an organ of the government of the Province"? Does it for instance determine the composition, powers, authority, privileges and duties of the legislative or of the executive branches or their members? Does it regulate the interrelationship between two or more branches? Or does it set out some principle of government? In a unitary state without a comprehensive written constitution, this test is the only one available.

Because Ontario, following the British model, is without a comprehensive written constitution, its laws do not qualify as constitutional laws unless they also satisfy first the test as to whether they are constitutional in nature.

This first test, however, even if *prima facie* satisfied, is not determinative of the issue whether an Ontario statute forms part of the constitution of Ontario or is an amendment of the constitution of Ontario, within the meaning of s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*. The main reason for the insufficiency of the first test is that Ontario is not a unitary state. It is an integral part of a federal one and provisions relating to the constitution of the federal state, considered as a whole, or essential to the implementation of the federal principle, are beyond the reach of the amending power bestowed upon the province by s. 92(1). An obvious example is the whole of s. 92 itself. With respect to Ontario, it is in a sense constitutional in nature in so far as it defines the legislative competence of the legislature of this province. But it also sets limits to the legislative competence of Parliament. It lies at the core of the scheme under which legislative competence is distributed in the federation. It forms part of the constitution of the federation considered as a whole rather than of the constitution of Ontario, within the meaning of s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*. Prior to 1982, that part of the constitution of the federation was

simple: la disposition est-elle de nature constitutionnelle? En d'autres termes, la disposition en question a-t-elle trait, de par son objet, à une branche du gouvernement de l'Ontario ou, pour reprendre les termes de cette Cour dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, à la p. 1024, est-ce qu'elle «porte sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province»? Détermine-t-elle, par exemple, la composition, les pouvoirs, l'autorité, les privilèges et les fonctions des organes législatif ou exécutif ou de leurs membres? Réglemente-t-elle la corrélation entre deux ou plusieurs branches? Ou établit-elle quelque principe de gouvernement? Dans un État unitaire qui n'a pas de constitution écrite complète, ce critère est le seul applicable.

Parce que l'Ontario, à l'instar du modèle britannique, n'a pas de constitution écrite complète, ses lois ne peuvent être considérées comme des lois constitutionnelles à moins qu'elles ne satisfassent également au critère consistant à déterminer si elles sont de nature constitutionnelle.

Cependant, même si on y a satisfait à première vue, le premier critère n'est pas déterminant quant à la question de savoir si une loi de l'Ontario fait partie de la constitution de l'Ontario ou s'il s'agit d'une modification de la constitution de l'Ontario au sens du par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La raison principale de l'insuffisance du premier critère est que l'Ontario n'est pas un État unitaire. Elle fait partie intégrante d'un État fédéral et les dispositions relatives à la constitution de l'État fédéral, prises dans leur ensemble, ou essentielles à la mise en œuvre du principe fédéral échappent au pouvoir de modification que le par. 92(1) accorde à la province. L'ensemble de l'art. 92 lui-même en est un exemple évident. À l'égard de l'Ontario, il est en un sens de nature constitutionnelle dans la mesure où il définit la compétence législative de la législature de cette province. Mais il établit également des limites à la compétence législative du Parlement. Il se situe au cœur du régime en vertu duquel la compétence législative est partagée dans la fédération. Il fait partie de la constitution de la fédération considérée dans son ensemble plutôt que de la constitution de l'Ontario, au sens du par. 92(1) de la *Loi constitu-*

therefore entrenched in the sense that it could only be amended by the Parliament at Westminster, in accordance with constitutional conventions.

Furthermore, other provisions of the *Constitution Act, 1867* could be similarly entrenched and held to be beyond the reach of s. 92(1), not because they were essential to the implementation of the federal principle, but because, for historical reasons, they constituted a fundamental term or condition of the union formed in 1867. Thus, s. 133 of the *Constitution Act, 1867* was held in *Blaikie, supra*, to constitute such a provision and to be a "part of the Constitution of Canada and of Quebec in an indivisible sense" and not a part of the constitution of Quebec within s. 92(1).

To sum up, therefore, and subject to the *caveat* I will mention later, an enactment can generally be considered as an amendment of the constitution of a province when it bears on the operation of an organ of the government of the province, provided it is not otherwise entrenched as being indivisibly related to the implementation of the federal principle or to a fundamental term or condition of the union, and provided of course it is not explicitly or implicitly excepted from the amending power bestowed upon the province by s. 92(1), such as the office of Lieutenant-Governor and, presumably and *a fortiori*, the office of the Queen who is represented by the Lieutenant-Governor.

The above-described approach seems to me to be consistent with the line followed by this Court in *Blaikie, supra*, where it explicitly declined to adopt a narrower line. It had been held by the Appellate Division of the Alberta Supreme Court in *R. v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1, 1 D.L.R. 304, and by the Quebec Court of Appeal in *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1978] C.A. 351, that s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867* should be given a restricted meaning embracing only those provisions included under the number and heading V of the *Constitution Act, 1867*, entitled "Provincial Constitutions". This restrictive inter-

*tionnelle de 1867*. Avant 1982, cette partie de la constitution de la fédération était donc intangible, en ce sens qu'elle ne pouvait être modifiée que par le Parlement de Westminster conformément à des conventions constitutionnelles.

En outre, d'autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont pu de même être intangibles et considérées comme échappant au par. 92(1), non pas parce qu'elles étaient essentielles à la mise en œuvre du principe fédéral, mais parce que, pour des raisons historiques, elles constituaient une condition fondamentale de l'union formée en 1867. Ainsi, dans l'arrêt *Blaikie*, précité, on a conclu que l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* était une disposition de ce genre et faisait «partie indivisiblement de la constitution du Canada et du Québec» et non pas partie de la constitution du Québec au sens du par. 92(1).

Pour résumer donc, et sous réserve de ce que je mentionnerai plus loin, une disposition peut généralement être considérée comme une modification de la constitution d'une province lorsqu'elle porte sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province, pourvu qu'elle ne soit pas ailleurs intangible parce qu'indivisiblement liée à la mise en œuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l'union et pourvu évidemment qu'elle ne soit pas explicitement ou implicitement exemptée du pouvoir de modification que le par. 92(1) accorde à la province, comme par exemple la charge de lieutenant-gouverneur et, probablement et à plus forte raison, la charge de la souveraine qui est représentée par le lieutenant-gouverneur.

Le point de vue que je viens de décrire me semble compatible avec celui adopté par cette Cour dans l'arrêt *Blaikie*, précité, où elle a explicitement refusé d'adopter une attitude plus stricte. La Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, dans l'arrêt *R. v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1, 1 D.L.R. 304, et la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1978] C.A. 351, ont conclu qu'on devrait prêter au par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* un sens restreint qui engloberait seulement les dispositions figurant sous la rubrique V de la *Loi constitutionnelle de 1867*, intitulée «Constitu-

pretation could not be reconciled with *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600, where it had been held that the privileges and immunities of members of the Nova Scotia Legislative Assembly, and legislation giving immunity from civil liability in respect of words and conduct in the Assembly, were matters coming within s. 92(1). These matters could not conceivably be included under heading V of the *Constitution Act, 1867*. In *Blaikie, supra*, this Court had this to say about the question at pp. 1024-25:

The fact that *Fielding v. Thomas* concerned matters relating to the Constitution of the Province, in the sense that it bore on the operation of an organ of the government of the Province, does not help to establish the appellant's position as to the unlimited scope of s. 92(1). The latter may, of course, cover such changes as were dealt with in *Fielding v. Thomas* and, also, other matters not expressly covered by the *British North America Act* but implicit in the Constitution of the Province. That does not, however, carry the necessary conclusion that s. 133 is unilaterally amendable. Indeed, the argument goes too far because, as pressed, it would permit amendment of the catalogue of legislative powers in the succeeding catalogue of classes of subjects in s. 92 and this was not suggested. [Emphasis added.]

We must now apply these tests to the provisions impugned in the case at bar.

It is clear to me that those provisions are constitutional in nature in the sense that they bear on the operation of an organ of government in Ontario and that they impose duties on the members of a branch of government in order to implement a principle of government. The organ of government is the Ontario Public Service. The duty is the one imposed upon the members of the public service to abstain from the political activities contemplated by the impugned provisions. The principle of government is the impartiality of the public service considered as an essential prerequisite of responsible government.

In *Fraser, supra*, Dickson C.J., speaking for the full Court, stressed "the importance and necessity

tions des provinces». Cette interprétation restreinte ne pouvait être conciliée avec l'arrêt *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600, dans lequel on avait jugé que les privilèges et immunités des députés de l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse et les lois accordant l'immunité contre la responsabilité civile pour les paroles et la conduite devant l'Assemblée, étaient des matières visées par le par. 92(1). Ces matières ne pouvaient pas, en principe, être incluses sous la rubrique V de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voici ce que cette Cour affirme à ce sujet dans l'arrêt *Blaikie*, précité, aux pp. 1024 et 1025:

Le fait que l'arrêt *Fielding v. Thomas* touche à des questions relatives à la constitution de la province, dans la mesure où il porte sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province, n'appuie pas la thèse de l'appelant sur la portée illimitée du par. 92(1). Ce dernier peut évidemment viser des changements comme ceux qui font l'objet de l'arrêt *Fielding v. Thomas* ainsi que d'autres matières qui ne sont pas expressément régies par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* mais font implicitement partie de la constitution de la province. Mais cela ne signifie pas nécessairement que l'art. 133 puisse être modifié unilatéralement. De fait, l'argument va trop loin car, ainsi qu'on l'a fait valoir, il permettrait de modifier la liste des pouvoirs législatifs compris dans l'énumération des catégories de sujets qui figure ensuite à l'art. 92, et l'on n'est pas allé jusqu'à avancer cette prétention. [Je souligne.]

Nous devons maintenant appliquer ces critères aux dispositions contestées en l'espèce.

À mon avis, il est évident que ces dispositions sont de nature constitutionnelle en ce sens qu'elles portent sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement en Ontario et qu'elles imposent aux membres d'un organe du gouvernement des obligations pour mettre en œuvre un principe de gouvernement. La fonction publique de l'Ontario est cet organe du gouvernement. L'obligation est celle qui est imposée aux membres de la fonction publique de s'abstenir d'exercer les activités politiques envisagées par les dispositions contestées. Le principe de gouvernement est l'impartialité de la fonction publique considérée comme une condition essentielle à l'existence d'un gouvernement responsable.

Dans l'arrêt *Fraser*, précité, le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la Cour au com-

of an impartial and effective public service” at p. 469. He then continued as follows on the same page and on pp. 469-70:

There is in Canada a separation of powers among the three branches of government—the legislature, the executive and the judiciary. In broad terms, the role of the judiciary is, of course, to interpret and apply the law; the role of the legislature is to decide upon and enunciate policy; the role of the executive is to administer and implement that policy.

The federal public service in Canada is part of the executive branch of Government. As such, its fundamental task is to administer and implement policy. In order to do this well, the public service must employ people with certain important characteristics. Knowledge is one, fairness another, integrity a third.

As the Adjudicator indicated, a further characteristic is loyalty. As a general rule, federal public servants should be loyal to their employer, the Government of Canada. The loyalty owed is to the Government of Canada, not the political party in power at any one time. A public servant need not vote for the governing party. Nor need he or she publicly espouse its policies. [The underlining is mine.]

It can similarly be said that the public service in Ontario is a part of the executive branch of the government of Ontario. The ministers and the executive council of Ontario would be powerless and quite incapable of administering the province if they were deprived of the public service and left to their own device. The government of a large modern state is impossible to manage without a relatively large public service which effectively participates in the exercise of political power under the supervision of responsible ministers:

[TRANSLATION] However, while a public servant always remains a citizen he is also a servant of the State. As the holder of a small part of governmental authority and possessor of exceptional prerogatives at common law, the public servant shares in the exercise of power. This is indeed the reason that the State imposes a duty of loyalty and silence on him. Would not allowing public servants to exercise their political freedoms to the fullest risk compromising the action, even the very existence, of established governments, paralyze political control and weaken the confidence of individuals in government, if the public servant were to fail to demonstrate the impartiality of the government?

plet, souligne, à la p. 469, qu’il est «important et nécessaire d’avoir une fonction publique impartiale et efficace». Il ajoute alors, aux pp. 469 et 470:

Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement—le législatif, l’exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d’interpréter et d’appliquer la loi; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d’annoncer des politiques; le rôle de l’exécutif est d’administrer et d’appliquer ces politiques.

La fonction publique fédérale au Canada fait partie de l’exécutif du gouvernement. À ce titre, sa tâche fondamentale est d’administrer et d’appliquer les politiques. Pour bien accomplir sa tâche, la fonction publique doit employer des personnes qui présentent certaines caractéristiques importantes parmi lesquelles les connaissances, l’équité et l’intégrité.

Comme l’arbitre l’a indiqué, il existe une autre caractéristique qui est la loyauté. En règle générale, les fonctionnaires fédéraux doivent être loyaux envers leur employeur, le gouvernement du Canada. Ils doivent être loyaux envers le gouvernement du Canada et non envers le parti politique au pouvoir. Un fonctionnaire n’est pas tenu de voter pour le parti au pouvoir. Il n’est pas non plus tenu d’endosser publiquement ses politiques. [Je souligne.]

On peut dire de la même manière que la fonction publique en Ontario fait partie de l’exécutif du gouvernement de l’Ontario. Les ministres et le conseil exécutif de l’Ontario seraient impuissants et tout à fait incapables d’administrer la province s’ils étaient privés de la fonction publique et laissés à leurs propres moyens. Il est impossible de gouverner un grand État moderne sans une fonction publique relativement importante qui participe efficacement à l’exercice du pouvoir politique sous la surveillance de ministres responsables:

Cependant, si le fonctionnaire demeure toujours un citoyen il est aussi le serviteur de l’État. Détenteur d’une parcelle de la puissance publique, jouissant de prérogatives exorbitantes du droit commun, le fonctionnaire participe à l’exercice du pouvoir. C’est pour cette raison d’ailleurs que l’État lui impose l’obligation de loyauté et de réserve. Reconnaître au fonctionnaire le plein exercice de ses libertés politiques ne risquerait-il pas de compromettre l’action, voire l’existence même, des gouvernements en place, de paralyser la direction politique de la nation, d’ébranler la confiance des administrés dans l’administration advenant que le fonctionnaire se départisse de l’impartialité dont l’administration doit faire preuve?

(Patrice Garant, *La fonction publique canadienne et québécoise* (Québec 1973), at pp. 347-48.)

So much for the branch of government which is regulated by the impugned provisions. As for the principles of government which they purport to fulfil, I think that much of what the Ontario Court of Appeal had to say on the matter in the case at bar is apposite. MacKinnon A.C.J.O. wrote:

In Vol. II, Part 2, of *Law and Custom of the Constitution* (1908), Anson wrote at p. 69 that a principal feature of responsible government in colonial Canada was "the permanent tenure of office by the civil servant, and his exclusion from the Legislature". It was clearly the intention of those who framed the *British North America Act, 1867*, that responsible government should continue in Canada when they stated in the preamble to that Act that Canada was to have "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom".

The history of the development of the Legislature's control over the civil service and the gradual emancipation of civil service appointment from political patronage is of importance in determining what conventions existed in this connection at the time of Confederation. It helps determine what was imported into Canada in this regard by the words "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom".

In 1914 the MacDonnell Commission in the United Kingdom, in its report, pointed out that, as part of responsible government, it was necessary to impose upon civil servants some restraint on partisan political activities; this in turn would ensure and promote efficiency of public administration by civil servants. This view was adopted in 1949 by the Masterman Committee in its report on "The Political Activities of Civil Servants".

MacKinnon A.C.J.O. then quoted a passage of the MacDonnell Committee Report including the following one which was also quoted later by Dickson C.J. in *Fraser, supra*, at p. 471:

Speaking generally, we think that if restrictions on the political activities of public servants were withdrawn two results would probably follow. The public might cease to believe, as we think they do now with reason believe, in the impartiality of the permanent Civil Service; and Ministers might cease to feel the well-merited confidence which they possess at present in the loyal and faithful support of their official subordinates; indeed

(Patrice Garant, *La fonction publique canadienne et québécoise* (Québec 1973), aux pp. 347 et 348.)

Voilà en ce qui concerne la branche de gouvernement réglementée par les dispositions contestées. Quant aux principes de gouvernement qu'elles ont pour objet de favoriser, je pense qu'une bonne partie de ce qu'a dit la Cour d'appel de l'Ontario sur le sujet en l'espèce est juste. Le juge en chef adjoint MacKinnon écrit:

[TRADUCTION] Dans le volume II, partie 2 de l'ouvrage *Law and Custom of the Constitution* (1908), Anson écrit à la p. 69 qu'une caractéristique principale du gouvernement responsable dans le Canada colonial était «la permanence du fonctionnaire et son exclusion de la législature». Les rédacteurs de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867* ont clairement voulu que le gouvernement responsable se perpétue au Canada lorsqu'ils ont affirmé dans le préambule de cette loi que le Canada devait avoir «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

L'historique de l'évolution du contrôle de la législature sur la fonction publique et de l'affranchissement progressif, du patronage politique, des nominations dans la fonction publique est important pour déterminer quelles conventions existaient à cet égard à l'époque de la Confédération. Cela aide à déterminer ce qu'on a voulu dire au Canada à ce sujet par les mots «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

Au Royaume-Uni en 1914, la commission MacDonnell a souligné dans son rapport que, dans le cadre d'un gouvernement responsable, il était nécessaire d'imposer aux fonctionnaires des restrictions relativement aux activités politiques partisans; cela permettrait d'assurer et de favoriser l'efficacité de l'administration publique par les fonctionnaires. Le comité Masterman a adopté ce point de vue en 1949 dans son rapport sur «The Political Activities of Civil Servants».

Le juge en chef adjoint MacKinnon cite alors un extrait du rapport du comité MacDonnell, dont le suivant repris plus tard par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Fraser*, précité, à la p. 471:

[TRADUCTION] D'une manière générale, nous croyons que si les restrictions relatives aux activités politiques des fonctionnaires devaient être levées, cela aurait probablement deux conséquences. Le public pourrait cesser de croire, comme nous pensons qu'il le fait maintenant avec raison, en l'impartialité de la fonction publique permanente; et les ministres pourraient cesser de sentir la confiance bien méritée qu'ils possèdent à l'heure

they might be led to scrutinise the utterances or writings of such subordinates, and to select for positions of confidence only those whose sentiments were known to be in political sympathy with their own.

If this were so, the system of recruitment by open competition would provide but a frail barrier against Ministerial patronage in all but the earlier years of service; the Civil Service would cease to be in fact an impartial, non-political body, capable of loyal service to all Ministers and parties alike; the change would soon affect the public estimation of the Service, and the result would be destructive of what undoubtedly is at present one of the greatest advantages of our administrative system, and one of the most honourable traditions of our public life.

MacKinnon A.C.J.O. continued:

The Masterman Committee, in its summary of conclusions, stated that "the political neutrality of the Civil Service is a fundamental feature of British democratic government and is essential for its efficient operation. It must be maintained even at the cost of some loss of political liberty by certain of those who elect to enter the Service". A subsequent committee on the subject in the United Kingdom (the Armitage Committee) reported in the same fashion in 1978.

MacKinnon A.C.J.O. then proceeded to make findings which in my view are as crucial as they are unassailable:

Clearly there was a convention of political neutrality of Crown servants at the time of Confederation and the reasoning in support of such convention has been consistent throughout the subsequent years. Whether it was honoured fully at that time in practice is irrelevant. The consideration is, as stated earlier, not as to the social desirability of the legislation but rather the fact that historically there was such a convention existing in 1867. It is difficult to take exception to Mr. Justice Labrosse's conclusion that: "Public confidence in the civil service requires its political neutrality and impartial service to whichever political party is in power" (p. 173 O.R., p. 328 D.L.R.). The impugned provisions seem to do no more than reflect the existing convention.

actuelle dans l'appui loyal et fidèle de leurs fonctionnaires; en fait, ils pourraient être portés à examiner à fond les paroles et les écrits de leurs subordonnés et à choisir pour occuper des postes de confiance, seulement ceux dont ils savent qu'ils partagent les mêmes sympathies politiques.

Si tel était le cas, le système de recrutement par concours public constituerait seulement une barrière fragile contre le népotisme ministériel au cours de toutes les années de service sauf au début; la fonction publique cesserait en fait d'être un organisme impartial, apolitique, capable de loyaux services envers tous les ministres et les partis; le changement aurait rapidement des effets sur l'opinion que le public se fait de la fonction publique et le résultat serait destructif à l'égard de ce qui est sans aucun doute, à l'heure actuelle, l'un des plus grands avantages de notre système administratif et l'une des traditions les plus honorables de notre vie publique.

d Le juge en chef adjoint MacKinnon poursuit:

[TRADUCTION] Dans le résumé de ses conclusions, le comité Masterman affirme que «la neutralité politique de la fonction publique est une caractéristique fondamentale du gouvernement démocratique britannique et est essentielle à son fonctionnement efficace. Elle doit être maintenue même au prix d'une certaine perte de liberté politique par certains de ceux qui choisissent d'entrer dans la fonction publique». Un comité ultérieur constitué pour étudier le sujet au Royaume-Uni (le comité Armitage) a conclu de la même façon en 1978.

Le juge en chef MacKinnon a alors tiré des conclusions qui, à mon avis, sont aussi cruciales qu'inattaquables:

[TRADUCTION] De toute évidence il existait une convention de neutralité politique des employés de Sa Majesté à l'époque de la Confédération et le raisonnement à l'appui de cette convention est demeuré le même tout au long des années qui ont suivi. Qu'elle fût complètement respectée à cette époque en pratique est sans importance. Ce qui importe, comme je l'ai déjà dit, ce n'est pas le caractère souhaitable des dispositions de la loi du point de vue social mais plutôt le fait que, historiquement, cette convention existait en 1867. Il est difficile de ne pas approuver la conclusion de M. le juge Labrosse selon laquelle «La confiance du public dans la fonction publique exige sa neutralité politique et son impartialité dans la prestation de ses services, peu importe le parti politique au pouvoir» (p. 173 O.R., p. 328 D.L.R.) Les dispositions contestées semblent ne faire rien de plus que refléter la convention existante.



I agree with these findings. I would however express the last one in more positive terms: to me, the impugned provisions do not merely seem to reflect the existing convention; they clearly give it the additional force and precision of legislative effect, and they are constitutional provisions by nature and *prima facie* competent under s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*.

I do not think that this *prima facie* conclusion can be altered by the negative parts of the above-described tests.

Far from violating a fundamental term or condition of the union as was the case in *Blaikie, supra*, the impugned provisions give additional legislative effect to one of its basic tenets, the principle of responsible government. In this respect, the impugned provisions bear a closer relationship to those of the federal *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2, found constitutionally valid by this Court in *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182.

I do not think either that the rules introduced by the impugned provisions can be said to be incompatible with the implementation of the federal principle.

I understand that, according to the appellants' first submission, the impugned provisions are related to the exclusively federal subject of federal elections (*Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1, 5 A.C. 115), and that, according to their alternative submission, even if the impugned provisions are related to a provincial object, they cannot constitutionally extend to the federal subject of federal elections.

I doubt that either of these submissions reaches the level of the federal principle argument. But, be that as it may, I agree with neither of these submissions. I will deal with the second and alternative submissions in a separate chapter.

As for the first submission, I take the view that it should be dismissed for the following reasons.

Je suis d'accord avec ces conclusions. Je formulerais toutefois la dernière en des termes plus positifs: à mon avis, les dispositions contestées ne semblent pas simplement refléter la convention existante; elles lui confèrent clairement la force et la précision additionnelles de l'effet législatif et elles sont de nature constitutionnelle et valides à première vue en vertu du par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Je ne crois pas que cette conclusion tirée à première vue puisse être modifiée par les parties négatives des critères déjà décrits.

Loin de violer une condition fondamentale de l'union comme c'était le cas dans l'affaire *Blaikie*, précitée, les dispositions contestées confèrent un effet législatif additionnel à l'un de ses préceptes fondamentaux, le principe du gouvernement responsable. À cet égard, les dispositions contestées sont plus rapprochées de celles de la *Loi sur les langues officielles* fédérale, S.R.C. 1970, chap. O-2, que cette Cour a jugées constitutionnelles dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182.

Je ne crois pas non plus que l'on puisse dire que les règles introduites par les dispositions contestées sont incompatibles avec la mise en œuvre du principe fédéral.

Si je comprends bien, suivant le premier argument des appelants, les dispositions contestées ont trait au domaine de compétence exclusive fédérale que sont les élections fédérales (*Valin v. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, 5 A.C. 115) et, suivant leur argument subsidiaire, même si les dispositions contestées ont trait à un objet provincial, elles ne peuvent pas constitutionnellement aller jusqu'à s'appliquer à la matière fédérale que constituent les élections fédérales.

Je doute que l'un ou l'autre de ces arguments atteigne le niveau de l'argument du principe fédéral. Quoi qu'il en soit, je ne suis d'accord avec ni l'un ni l'autre de ces arguments. Je traiterai du second argument, l'argument subsidiaire, dans un chapitre distinct.

Quant au premier argument, je suis d'avis qu'il doit être rejeté pour les motifs suivants. Les dispo-

The impugned provisions constitute properly framed legislation which in no way affects the validity of federal elections or eligibility to the House of Commons, or qualifications or disqualifications to sit in this House; nor do they make the political activities which they contemplate unlawful; what they do is to create a disability from membership in the Ontario Public Service, thereby affecting a provincially created relationship; the impugned provisions are not aimed specifically at federal political activity; they are comprehensively aimed at regulating the political activities of Ontario public servants as such, that is as members of the executive branch of government, in order to safeguard their neutrality and impartiality. With all due respect, I can find no merits in the appellants' first submission.

In my opinion, the impugned provisions constitute an ordinary legislative amendment of the constitution of Ontario, within the meaning of s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*.

However, let me say one word of caution before I conclude this chapter. The fact that a province can validly give legislative effect to a prerequisite condition of responsible government does not necessarily mean it can do anything it pleases with the principle of responsible government itself. Thus, it is uncertain, to say the least, that a province could touch upon the power of the Lieutenant-Governor to dissolve the legislature, or his power to appoint and dismiss ministers, without unconstitutionally touching his office itself. It may very well be that the principle of responsible government could, to the extent that it depends on those important royal powers, be entrenched to a substantial extent.

But there may be more to it.

In *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935, the Judicial Committee invalidated legislative provisions which empowered the electors of Manitoba to legislate directly by way of a referendum procedure. The Judicial Committee found the legislation in question invalid on some-

sitions contestées sont des mesures législatives bien formulées qui ne touchent aucunement ni à la validité des élections fédérales ou à l'éligibilité à la Chambre des communes, ni aux qualifications nécessaires pour siéger en cette chambre ou à l'incapacité à y siéger; elles ne rendent pas non plus illégales les activités politiques qu'elles envisagent; elles ne font que créer une incapacité de faire partie de la fonction publique de l'Ontario, portant ainsi atteinte à une relation créée par la province; les dispositions contestées ne visent pas spécifiquement les activités politiques fédérales; elles sont globalement destinées à réglementer les activités politiques des fonctionnaires de l'Ontario en tant que tels, c'est-à-dire en tant que membres de l'exécutif du gouvernement, dans le but de préserver leur neutralité et leur impartialité. Avec égard, je ne puis voir aucun bien-fondé dans le premier argument des appelants.

À mon avis, les dispositions contestées constituent une modification législative ordinaire de la constitution de l'Ontario au sens du par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Qu'il me soit cependant permis de faire une mise en garde avant de terminer ce chapitre. Le fait qu'une province puisse valablement conférer un effet législatif à une condition préalable d'un gouvernement responsable ne signifie pas nécessairement qu'elle peut faire tout ce qui lui plaît du principe du gouvernement responsable lui-même. Ainsi, il n'est pas certain, à tout le moins, qu'une province puisse toucher au pouvoir du lieutenant-gouverneur de dissoudre l'assemblée législative, ou à son pouvoir de nommer et de destituer les ministres, sans toucher de manière inconstitutionnelle à sa charge elle-même. Il se peut fort bien que le principe du gouvernement responsable puisse, dans la mesure où il est fonction de ces pouvoirs royaux importants, être en grande partie intangible.

Mais il y a peut-être plus.

Dans *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935, le comité judiciaire a annulé des dispositions législatives qui permettaient aux électeurs du Manitoba de légiférer directement par voie de référendum. Le comité judiciaire a conclu que les dispositions en question étaient nulles pour

what narrow grounds related to the office of Lieutenant-Governor. The Judicial Committee was undoubtedly conscious of the fact that the technical flaws it found in the legislation could easily be corrected without any effect on the major feature of the legislation. Viscount Haldane, who delivered the reasons of the Judicial Committee, accordingly pronounced a deliberate and important *obiter* at p. 945, reading as follows:

No doubt a body, with a power of legislation on the subjects entrusted to it so ample as that enjoyed by a Provincial Legislature in Canada, could, while preserving its own capacity intact, seek the assistance of subordinate agencies, as had been done when in *Hodge v. The Queen* [9 App. Cas. 117], the Legislature of Ontario was held entitled to entrust to a Board of Commissioners authority to enact regulations relating to taverns; but it does not follow that it can create and endow with its own capacity a new legislative power not created by the Act to which it owes its own existence. Their Lordships do no more than draw attention to the gravity of the constitutional questions which thus arise.

While this *obiter* is confined to the particular facts of that case, it may stand for the wider proposition that the power of constitutional amendment given to the provinces by s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867* does not necessarily comprise the power to bring about a profound constitutional upheaval by the introduction of political institutions foreign to and incompatible with the Canadian system.

### 3. *The Establishment and Tenure of Provincial Offices and the Appointment and Payment of Provincial Officers*

Section 92(4) of the *Constitution Act, 1867* empowers the province to make laws in relation to "The Establishment and Tenure of Provincial Offices and the Appointment and Payment of Provincial Officers". Parliament has been given a corresponding albeit differently described power by s. 91(8) relating to "The fixing of and providing for the Salaries and Allowances of Civil and other Officers of the Government of Canada".

des motifs quelque peu restreints liés à la charge de lieutenant-gouverneur. Le comité judiciaire était sans doute conscient du fait que les vices qu'il a constatés dans les dispositions de la loi pouvaient être facilement corrigés sans aucunement modifier la caractéristique principale de la loi en question. Le vicomte Haldane, qui a rédigé les motifs du comité judiciaire, a donc de propos délibéré formulé une opinion incidente mais importante, à la p. 945:

[TRADUCTION] Nul doute qu'un organisme jouissant sur les matières qui relèvent de sa compétence, d'un pouvoir de légiférer aussi étendu que celui qui appartient à une législature provinciale au Canada pourrait, tout en préservant l'intégrité de ses propres pouvoirs, se faire aider par des organismes subordonnés. Ceci était le cas lorsque, dans l'affaire *Hodge v. The Queen* [9 App. Cas. 117], il a été décidé que la législature de l'Ontario avait le droit de confier à un bureau de commissaires le pouvoir d'édicter des règlements relatifs aux tavernes; il ne s'ensuit pas toutefois qu'il peut créer et doter de sa propre capacité un nouveau pouvoir législatif non créé par la loi à laquelle il doit sa propre existence. Leurs Seigneuries ne font ici rien d'autre que souligner la gravité des questions constitutionnelles qui se posent à cet égard.

Bien que cette opinion incidente ne vise que les faits particuliers de cette affaire, elle peut étayer la proposition plus générale que le pouvoir de modification constitutionnelle que le par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux provinces ne comprend pas nécessairement le pouvoir de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien.

### 3. *La création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux*

Le paragraphe 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* habilite la province à légiférer concernant «la création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux». Le Parlement s'est vu conférer un pouvoir correspondant, quoique décrit différemment au par. 91(8), concernant «la fixation et le paiement des traitements et allocations des fonctionnaires civils et autres du gouvernement du Canada».

Neither of these provisions seems to have been the object of much comment, doctrinal or judicial.

In the second edition of *The Law of the Canadian Constitution* (1904), at p. 261, Clement writes that the item covered by s. 92(4) "is the guarantee for the continuance of 'responsible government.'" In *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 247, the Judicial Committee implicitly overruling *Lenoir v. Ritchie* (1879), 3 S.C.R. 575, relied upon s. 92(4), in combination with s. 92(1) and (14), to find *intra vires* an Ontario statute empowering the Lieutenant-Governor to confer precedence by patents upon such members of the bar of the province as he thinks fit to select.

However, what matters much more than the paucity of comment is the fact that the powers bestowed upon Parliament and the legislature by ss. 91(8) and 92(4) of the *Constitution Act, 1867* have been exercised on a large scale without challenge ever since 1867. The lack of challenge does not mean that these powers are either axiomatic or unimportant. If the federal level of government were made entirely dependent upon provincial instrumentalities by the Constitution, Canada would run the risk of becoming but a loose and precarious confederacy. On the other hand, it might become a highly centralized state if the converse situation were to prevail. Furthermore, the rules of responsible government might become hopelessly blurred in such hypothetical cases. Sections 91(8) and 92(4) of the *Constitution Act, 1867* thus constitute provisions of fundamental importance, essential to the federal principle and to responsible government.

The impugned provisions are aimed at federal as well as provincial political activities and constitute a term or condition of tenure of provincial office, enforced by compulsory resignation or dismissal. Their object is to ensure in this respect, not partial virtue, but global political independence for provincial officers. Far from violating the federal principle, their aim is to reinforce it and to secure the operation of responsible government within a federal framework.

Aucune de ces dispositions ne semble avoir fait l'objet de beaucoup de commentaires, ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence.

Dans la seconde édition de l'ouvrage intitulé *The Law of the Canadian Constitution* (1904), à la p. 261, Clement écrit que le par. 92(4) vise [TRADUCTION] «à assurer le maintien d'un «gouvernement responsable»». Dans l'arrêt *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 247, le comité judiciaire, rejetant implicitement l'arrêt *Lenoir v. Ritchie* (1879), 3 R.C.S. 575, s'est fondé sur le par. 92(4), pris conjointement avec les par. 92(1) et (14), pour juger constitutionnelle une loi ontarienne qui habilitait le lieutenant-gouverneur à accorder, par lettres patentes, préséance aux membres du barreau de la province qu'il voulait bien désigner.

Toutefois, ce qui importe beaucoup plus que la rareté des commentaires est le fait que les pouvoirs accordés au Parlement et aux législatures par les par. 91(8) et 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont été largement exercés sans aucune contestation depuis 1867. L'absence de contestation ne signifie pas que ces pouvoirs sont axiomatics ou sans importance. Si la Constitution faisait entièrement reposer le palier fédéral de gouvernement sur des rouages provinciaux, le Canada courrait le risque de devenir une confédération faible et précaire. Par contre, dans le cas inverse, il pourrait devenir un État très centralisé. En outre, les règles du gouvernement responsable pourraient devenir désespérément floues dans ces cas hypothétiques. Les paragraphes 91(8) et 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont donc des dispositions d'une importance fondamentale et essentielles au principe fédéral et au gouvernement responsable.

Les dispositions contestées visent les activités politiques tant fédérales que provinciales et constituent une condition de la durée d'une charge provinciale, qui doit être observée sous peine de démission ou destitution obligatoires. Elles ont pour objet d'assurer à cet égard non pas une impartialité incomplète, mais l'indépendance politique globale des fonctionnaires provinciaux. Loin de violer le principe fédéral, elles visent à le renforcer et à assurer le fonctionnement d'un gouvernement responsable à l'intérieur d'un régime fédéral.

In my opinion, the constitutional validity of the impugned provisions may also be supported under s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867* which in any event buttresses the argument already made under s. 92(1).

#### 4. *The McKay Case and Other Related Matters*

The appellants sought to support their main challenge, but more particularly their alternative challenge to the impugned provisions, by relying on several judgments of this Court, among which *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, and *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218.

I propose to discuss only the *McKay* case on which appellants put special reliance.

In *McKay*, the Court held that a municipal by-law prohibiting the display of signs in a residential zone was inapplicable to federal election signs.

Moses and Sarah McKay had been convicted by a Justice of the Peace on a charge of unlawfully maintaining a sign on their premises, contrary to the by-law in question, and fined \$25 each. The sign was displayed by the appellants on the railing of a veranda forming part of their residence during the period of a federal election. The sign urged the people to vote for a certain candidate. The by-law forbade all display of signs except those of a type not including the sign displayed by the appellants. The validity of the by-law or of the enabling legislation was not raised, but it was contended by the appellants that, on its true construction, the by-law was not intended to have the effect of forbidding the use of such a sign during the period of an election to Parliament.

On a stated case, the conviction was quashed by a judge of the Supreme Court of Ontario—[1963]

À mon avis, la constitutionnalité des dispositions contestées peut aussi être étayée en vertu du par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui, en tout état de cause, appuie l'argument déjà soumis en vertu du par. 92(1).

#### 4. *L'arrêt McKay et d'autres affaires connexes*

Les appelants cherchent à étayer leur moyen principal, mais plus particulièrement leur moyen subsidiaire dirigé contre les dispositions contestées, en invoquant plusieurs arrêts de cette Cour dont *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248, *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292, *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, et *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218.

Je me propose d'analyser seulement l'arrêt *McKay* sur lequel les appelants se sont appuyés plus particulièrement.

Dans l'arrêt *McKay*, la Cour a conclu qu'un règlement municipal interdisant l'installation d'enseignes dans un secteur résidentiel ne s'appliquait pas aux pancartes placées dans le cadre d'une élection fédérale.

Un juge de paix avait reconnu Moses et Sarah McKay coupables d'avoir placé illégalement une enseigne sur leur propriété, contrairement au règlement en question, et les avait condamnés à une amende de 25 \$ chacun. Les appelants avaient installé la pancarte sur le garde-fou de la galerie qui faisait partie de leur résidence, au cours d'une campagne électorale fédérale. La pancarte incitait les gens à voter pour un certain candidat. Le règlement interdisait toute installation d'enseignes sauf celles d'un type déterminé dont ne faisait pas partie la pancarte posée par les appelants. Les appelants n'ont pas soulevé la question de la validité du règlement ou de la loi habilitante, mais ils ont prétendu que, correctement interprété, le règlement n'avait pas été conçu pour interdire l'utilisation d'une telle pancarte dans le cadre d'une élection au Parlement.

Suite à un exposé de cause, un juge de la Cour suprême de l'Ontario a annulé la déclaration de

2 O.R. 162—but restored by the Court of Appeal, [1964] 1 O.R. 641.

This Court, by a majority of five to four, allowed the appeal and set aside the conviction.

Cartwright J., as he then was, delivered the reasons of the majority. He took the view that the Justice of the Peace and the Court of Appeal had given effect to the by-law as if it specifically provided that, during an election to Parliament, no owner of property in the particular zone covered by the by-law should display any sign soliciting votes for a candidate at such election. Such an enactment, he held, would be *ultra vires* of the province as being in relation to proceedings at a federal election.

Furthermore, Cartwright J. wrote at p. 804: “A political activity in the federal field which has theretofore been lawful can . . . be prohibited only by Parliament”. And, at p. 805, he went on to say that if the by-law was construed as it had been by the Justice of the Peace and the Court of Appeal, “it does not merely affect, it destroys the right of the appellants to engage in a form of political activity in the federal field which has heretofore been possessed and exercised by electors without question”. Cartwright J. accordingly concluded that the by-law should be “read down” so that its operation be restricted to matters within the power of the enacting body, which included neither proceedings at a federal election nor the right of federal electors to engage in a lawful form of political activity.

Martland J. delivered the reasons of the minority. He held in essence that the by-law was a law of general application in relation to property. It should apply to the facts of that case because, assuming it had some effect on proceedings at federal elections and on the means of propaganda used by an individual or by a political party during a federal election campaign, such effect was permissible as being incidental and in no way interfer-

culpabilité ([1963], 2 O.R. 162), mais la Cour d’appel l’a rétablie ([1964] 1 O.R. 641).

Cette Cour, à la majorité de cinq contre quatre, a accueilli le pourvoi et annulé la déclaration de culpabilité.

Le juge Cartwright, alors juge puîné, a rédigé les motifs des juges formant la majorité. À son avis, le juge de paix et la Cour d’appel avaient appliqué le règlement comme s’il interdisait spécifiquement, au cours d’une élection au Parlement, à tout propriétaire foncier dans le secteur visé par le règlement d’installer une enseigne invitant les gens à voter pour un candidat à cette élection. Une telle disposition, a-t-il conclu, outrepasserait la compétence de la province pour le motif qu’elle se rapporte à des activités relatives à une élection fédérale.

Le juge Cartwright ajoute à la p. 804: [TRADUCTION] «Une activité politique dans le domaine fédéral qui a jusqu’à maintenant été légale ne peut [. . .] être interdite que par le Parlement». Il poursuit, à la p. 805, en disant que si le règlement était interprété comme l’avaient fait le juge de paix et la Cour d’appel, [TRADUCTION] «il ne [ferait] pas qu’affecter, il anéanti[rait] le droit des appelants d’exercer une forme d’activité politique dans le domaine fédéral, dont les électeurs ont jusqu’à maintenant joui et bénéficié sans contredit». Le juge Cartwright a par conséquent conclu que le règlement devait recevoir [TRADUCTION] «une interprétation atténuée» de manière à ne s’appliquer qu’à des matières qui relèvent de la compétence de l’organisme qui l’a adopté, ce qui ne comprenait ni les activités relatives à une élection fédérale ni le droit des électeurs au niveau fédéral de se livrer à une forme licite d’activité politique.

Le juge Martland a rédigé les motifs des juges formant la minorité. Il a conclu essentiellement que le règlement était une disposition d’application générale relative à la propriété. Il devait s’appliquer aux faits de cette affaire car, en supposant qu’il avait quelque effet sur les activités relatives à une élection fédérale et sur les moyens de propagande utilisés par un individu ou un parti politique au cours d’une campagne électorale fédérale, cet

ing with the working of parliamentary institutions of Canada.

The appellants submit that *McKay* is determinative of the case at bar. They contend that the two cases raise an almost identical issue, that the impugned provisions prohibit certain types of participation in federal elections and that such prohibitions are unconstitutional on the authority of *McKay*.

Both Labrosse J. and the Ontario Court of Appeal distinguished *McKay* from the case at bar and, respectfully, I think they were right in doing so.

The prohibition in *McKay* was an absolute one, and it was enforced with penal consequences. In his reasons for judgment in *McKay*, Cartwright J. repeatedly emphasized the prohibition aspect of the by-law under consideration in that case. I should add that municipal by-laws of the same nature are in force by the thousand in the cities and towns of Canada, a consideration which, although it was not referred to in *McKay*, may explain the reluctance of the majority to accept the proposition that by-laws of this type affected the proceedings at federal elections in an incidental manner only.

In the case at bar, by contrast, the political activities contemplated by the impugned provisions are not made unlawful. These provisions are in the nature of detailed regulations. Failure to comply with them is a ground for dismissal. No other sanction is prescribed. The public servant who is not prepared to accept them can resign. Nor do I think that such a public servant is thereby deprived of any "right" unless it be thought that he has a right to his office. But at common law, and apart from statute, a civil servant holds office during pleasure. As was correctly put by the respondent in his factum,

The challenged provisions in effect confer rights and protect the service by making . . . provisions for leaves of absence and by securing a position in the service to those who cease to hold elective office within five years.

effet était acceptable parce qu'il était accessoire et qu'il ne portait atteinte en aucune façon au fonctionnement des institutions parlementaires du Canada.

<sup>a</sup> Les appelants font valoir que l'arrêt *McKay* est déterminant en l'espèce. Ils prétendent que les deux affaires soulèvent une question presque identique, que les dispositions contestées interdisent <sup>b</sup> certains types de participation à des élections fédérales et que ces interdictions sont inconstitutionnelles suivant l'arrêt *McKay*.

<sup>c</sup> Le juge Labrosse et la Cour d'appel de l'Ontario ont tous les deux établi une distinction entre l'affaire *McKay* et la présente espèce et, avec égards, je crois qu'ils ont eu raison de le faire.

<sup>d</sup> Dans l'affaire *McKay*, l'interdiction était absolue et elle était sanctionnée par une peine. Dans les motifs de jugement qu'il a rédigés dans l'affaire *McKay*, le juge Cartwright souligne à maintes reprises l'aspect prohibitif du règlement alors à l'étude. J'ajouterais que des milliers de règlements municipaux de même nature sont en vigueur dans les cités et villes du Canada, ce qui, même si on ne l'a pas mentionné dans l'arrêt *McKay*, peut expliquer l'hésitation de la majorité à accepter la proposition que les règlements de ce type ne touchaient que de façon accessoire aux activités relatives à une élection fédérale.

<sup>e</sup> En l'espèce, par contre, les activités politiques envisagées par les dispositions contestées ne sont pas déclarées illégales. Ces dispositions tiennent de règlements détaillés. Y désobéir constitue un motif de renvoi. Aucune autre sanction n'est prescrite. Le fonctionnaire qui n'est pas disposé à les accepter peut démissionner. Je ne pense pas non plus que ce fonctionnaire soit ainsi privé d'un «droit» à moins qu'on ne croie qu'il a un droit à sa charge. Mais, en *common law*, et indépendamment de la loi écrite, un fonctionnaire détient sa charge à titre amovible. Comme le dit à juste titre l'intimé dans son mémoire,

<sup>f</sup> [TRADUCTION] Les dispositions contestées confèrent effectivement des droits et protègent la fonction publique en prévoyant [...] des congés et en assurant un poste dans la fonction publique à ceux qui cessent d'occuper un poste élu dans les cinq ans.

Such regulations in my view are quite distinct from a blanket prohibition.

The distinction between prohibition and regulation is admittedly more frequently made in administrative law than in constitutional law. But I believe it is relevant in a case such as the case at bar where what has to be measured is the impact, direct or indirect, of provincial legislation upon a federal area of legislative competence. I am of the view that, whatever effect the impugned provisions may have upon the subject of federal elections and the right of federal electors to engage in political activities, it is an indirect or incidental effect; and the reason is that, far from being in the nature of a prohibition, they are in fact permissive at certain conditions which are imposed as incidents of the status of provincial public servants.

The *McKay* case can be further distinguished by the fact that s. 71 of the *Canada Elections Act*, S.C. 1960, c. 39, provided that "Every printed advertisement, handbill, placard, poster or dodger having reference to any election shall bear the name and address of its printer and publisher . . ." It had been submitted by Counsel for the appellants McKay that Parliament had thereby "occupied the field". Cartwright J. did not find it necessary to reach a definite conclusion on this submission but he said he inclined to agree with it and, at p. 805, he commented on s. 71 of the *Canada Elections Act* as follows:

This indicates that Parliament contemplates that persons other than candidates may post up placards and posters having reference to an election and subjects the practice to a limited form of regulation. The impugned by-law forbids such posting up altogether on residential property, which will often be the only place on which the owner of that property has the right to post up such a placard.

In regulating the posting of placards and posters during a federal election, Parliament had implicitly recognized the right to do so, subject to the regulations. The by-law under consideration in *McKay* deprived the appellants of that right and collided with a paramount provision of the *Canada*

À mon avis, cette réglementation n'a rien d'une prohibition de portée générale.

La distinction entre interdiction et réglementation est certes plus fréquente en droit administratif qu'en droit constitutionnel. Mais je crois qu'elle est pertinente dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, où il faut apprécier les répercussions, directes ou indirectes, d'une loi provinciale sur un champ de compétence législative fédérale. J'estime que, quel que soit l'effet que les dispositions contestées peuvent avoir sur le sujet des élections fédérales et sur le droit des électeurs fédéraux d'exercer des activités politiques, il s'agit d'un effet indirect ou accessoire; et la raison en est que, loin de tenir d'une interdiction, elles accordent en fait une faculté à certaines conditions qui sont imposées comme accessoires au statut de fonctionnaires provinciaux.

On peut établir une autre distinction d'avec l'affaire *McKay* du fait que l'art. 71 de la *Loi électorale du Canada*, S.C. 1960, chap. 39, prévoyait que «Tout imprimé de la nature d'une annonce, d'un prospectus, d'un placard, d'une affiche ou d'une circulaire ayant trait à une élection doit porter le nom et l'adresse de l'imprimeur et de l'éditeur . . . » L'avocat des appelants McKay avait soutenu que le Parlement avait ainsi [TRADUCTION] «occupé le domaine». Le juge Cartwright n'a pas estimé nécessaire de tirer une conclusion définitive sur cet argument, mais il a affirmé qu'il était enclin à l'accepter et, à la p. 805, il a commenté ainsi l'art. 71 de la *Loi électorale du Canada*:

[TRADUCTION] Cela indique que le Parlement envisage que des personnes autres que les candidats peuvent poser des placards et des affiches ayant trait à une élection et qu'il assujettit cette pratique à une forme limitée de réglementation. Le règlement contesté interdit tout à fait cet affichage sur une propriété résidentielle qui est souvent le seul endroit où le propriétaire a le droit d'apposer un tel placard.

En réglementant l'installation de placards et d'affiches pendant une élection fédérale, le Parlement avait implicitement reconnu le droit de le faire, sous réserve des règlements. Le règlement à l'étude dans l'affaire *McKay* privait les appelants de ce droit et se heurtait à une disposition de la *Loi*



*Elections Act*. In the case at bar, it has not been argued that the impugned provisions were in conflict with any federal enactment.

It seems to me also that the provisions which are impugned in the case at bar present distinguishing features which are almost unique in that they form part of an integrated scheme of both orders of government in Canada. Under s. 32 of *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, federal civil servants are also prevented, except under certain conditions, from engaging into political activities in the provincial as well as in the federal field. And, according to the Ontario Court of Appeal, six other provinces and the two territories have enacted similar legislation. This integrated scheme, considered as a whole, is meant to protect the principle of responsible government which is common to both orders of government. To accept the appellants' submission would mean that the federal legislation is unconstitutional in so far as it is directed at political activities in the provincial field. But so to hold would be to create a constitutional gap which neither level of government would be able to fill since obviously, it is not open to Parliament to determine the terms and conditions under which provincial civil servants hold office in Ontario any more than it is open to Ontario to do the same with respect to federal civil servants. But to leave a constitutional gap impossible to fill even by the joint legislative action of both orders of government violates the principle according to which, under the *Constitution Act, 1867*, the distribution of legislative competences is an exhaustive one.

The fallacy of the appellants' position, this being said with respect, is reflected in the following submission written in their factum:

It is submitted that control over political activity by civil servants in federal elections is not integral to the provincial objective of maintaining impartiality in the development and application of public policy in Ontario because:

- (1) federal and provincial governments have different areas of jurisdiction, and federal and provincial elections raise different political issues.

*électorale du Canada* qui l'emportait sur lui. On n'a pas fait valoir en l'espèce que les dispositions contestées entraient en conflit avec une disposition fédérale.

<sup>a</sup> Il me semble aussi que les dispositions contestées en l'espèce comportent des traits distinctifs presque uniques en ce sens qu'elles font partie d'un régime intégré de deux ordres de gouvernement au Canada. L'article 32 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, interdit également aux fonctionnaires, sauf dans certaines circonstances, de participer à des activités politiques aussi bien au niveau provincial que fédéral. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, six autres provinces et les deux territoires ont adopté des dispositions semblables. Considéré dans son ensemble, ce régime intégré vise à protéger le principe du gouvernement responsable, commun aux deux ordres de gouvernement. Accepter l'argument des appelants signifierait que la mesure législative fédérale est inconstitutionnelle dans la mesure où elle touche aux activités politiques dans le domaine provincial. Mais cette conclusion aurait pour effet de créer une lacune constitutionnelle qu'aucun des deux paliers de gouvernement ne serait capable de combler puisque, évidemment, il n'est pas loisible au Parlement de déterminer les conditions auxquelles les fonctionnaires provinciaux détiennent une charge en Ontario, pas plus que l'Ontario ne peut le faire à l'égard des fonctionnaires fédéraux. Cependant, laisser une lacune constitutionnelle impossible à combler même par l'action législative conjointe des deux ordres de gouvernement viole le principe selon lequel, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le partage des compétences législatives est exhaustif.

<sup>b</sup> Avec égards, l'erreur dans la position des appelants se reflète dans l'argument suivant qu'ils ont soumis dans leur mémoire:

[TRADUCTION] Nous soumettons que le contrôle de l'activité politique des fonctionnaires lors d'élections fédérales ne fait pas partie intégrante de l'objectif provincial de maintenir l'impartialité dans l'élaboration et l'application d'une politique générale en Ontario parce que:

- (1) les gouvernements fédéral et provincial ont des champs de compétence différents, et les élections fédérales et provinciales soulèvent des questions politiques différentes.

I have a few comments to make on this submission. First, it does not make allowance for nor respond to the paragraph of the agreed statement of facts according to which the organization and philosophy of the various political parties both federally and provincially are agreed to be the same.

Furthermore, and quite apart from that paragraph of the agreed statement of facts, it seems to me that the submission expresses a point of view totally divorced from the facts of political life in a federation such as Canada, and from certain features of the Canadian Constitution itself.

Under the *Constitution Act, 1867*, some legislative powers are shared by Parliament and the legislatures, as in the case of old age pensions, agriculture and immigration.

Other areas of constitutional competence are closely complementary. Thus the criminal law power is federal and the power over the administration of justice is provincial.

But even the fact that, in many areas, legislative competence is distributed in exclusive terms, does not change the nature of politics and political activity which is essentially to choose between various priorities. Should more of the public funds be spent on the armed forces, an exclusively federal field, or on education, an exclusively provincial one? Such a dilemma could arise in a federal as well as in a provincial election for there is no specific forum for it. The plain fact is that even in a federation with divided jurisdictions, the object of the political discourse, the ultimate form of political activity, remains indivisible.

It follows therefore that if Ontario wanted to ensure the impartiality of its public servants, it had no choice but to include political activities in the federal field in the impugned provisions. The alternative would have made it miss its target altogether. The effect of these provisions on federal politi-

J'ai quelques observations à faire au sujet de cet argument. Premièrement, il ne tient pas compte de l'alinéa de l'exposé conjoint des faits selon lequel l'organisation et la philosophie des différents partis politiques tant fédéraux que provinciaux sont reconnues comme étant les mêmes, et il n'y apporte aucune réponse.

En outre, et indépendamment de cet alinéa de l'exposé conjoint des faits, ce moyen me semble exprimer un point de vue qui ne tient aucun compte des réalités de la vie politique dans une fédération comme le Canada et de certaines caractéristiques de la Constitution canadienne elle-même.

En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement et les assemblées législatives se partagent certains pouvoirs législatifs comme, par exemple, en matière de pensions de vieillesse, d'agriculture et d'immigration.

D'autres domaines de compétence constitutionnelle sont étroitement complémentaires. Ainsi la compétence en matière de droit criminel est fédérale et la compétence en matière d'administration de la justice est provinciale.

Mais même le fait que, dans de nombreux domaines, la compétence législative soit partagée de manière exclusive ne change pas la nature de la politique et de l'activité politique qui consiste essentiellement à choisir entre diverses priorités. Devrait-on consacrer davantage de fonds publics aux forces armées, un domaine de compétence exclusivement fédérale, ou à l'éducation, un domaine de compétence exclusivement provinciale? Un tel dilemme pourrait surgir aussi bien dans une élection fédérale que dans une élection provinciale car il n'y a pas de tribune spéciale pour traiter cette question. Le fait est que même dans une fédération qui présente des compétences partagées, l'objet du débat politique, la forme ultime d'activité politique, demeure indivisible.

Il en résulte donc que, si l'Ontario voulait assurer l'impartialité de ses fonctionnaires, il devait nécessairement inclure dans les dispositions contestées les activités politiques liées au domaine fédéral, sinon il aurait complètement raté son objectif. L'effet de ces dispositions sur les activités politi-

cal activities is not only incidental, it is necessarily incidental.

V

### The Fundamental Rights and Freedoms Argument

In their factum, the appellants made the following argument:

... Canadian constitutional jurisprudence recognizes the existence of certain fundamental political rights and freedoms in the citizens of this country to participate in federal political activities. No province has the power to reduce or to derogate from these rights and freedoms.

They sought to support this submission by referring *inter alia* to *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, and *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285.

Their counsel then launched into an oral argument based upon certain statements made in the unanimous judgment of this Court in *Fraser* and more particularly upon the following passage at pp. 462-63:

... "freedom of speech" is a deep-rooted value in our democratic system of government. It is a principle of our common law constitution, inherited from the United Kingdom by virtue of the preamble to the *Constitution Act, 1867*.

Counsel also referred to pp. 466-68 of *Fraser* relating to the balance that has to be struck between a federal employee's freedom of expression and the government's desire to maintain an impartial public service and stating the principles which ought to guide the balancing of conflicting values, starting with the proposition that some speech by public servants concerning public issues must be permitted. In the same pages, the factors to be taken into consideration are underlined, including the growth of the public sector, the inadmissibility of a blanket prohibition which would deny fundamental democratic rights to far too many people, the relative position of individual public servant within the service and the like.

ques fédérales n'est pas qu'accessoire, il est nécessairement accessoire.

V

### <sup>a</sup> L'argument relatif aux droits et libertés fondamentaux

Les appelants soumettent l'argument suivant dans leur mémoire:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] La jurisprudence constitutionnelle canadienne reconnaît l'existence de certains droits et de certaines libertés politiques fondamentaux pour les citoyens de ce pays de participer aux activités politiques fédérales. Aucune province n'a le pouvoir de réduire ces droits et libertés ou d'y déroger.

Ils ont cité notamment, à l'appui de cet argument, les arrêts *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, et *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285.

Leur avocat a ensuite entamé une plaidoirie fondée sur certaines affirmations contenues dans l'arrêt unanime rendu par cette Cour dans l'affaire *Fraser*, et plus particulièrement sur le passage suivant, aux pp. 462 et 463:

<sup>e</sup> ... la «liberté de parole» est une valeur profondément enracinée dans notre système de gouvernement démocratique. Il s'agit d'un principe de notre constitution de *common law*, que nous avons hérité du Royaume-Uni en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

<sup>g</sup> L'avocat a également renvoyé aux pp. 466 à 468 de l'arrêt *Fraser* où l'on traite de l'équilibre qu'il faut établir entre la liberté d'expression d'un employé fédéral et la volonté du gouvernement de maintenir une fonction publique impartiale, et où l'on formule les principes qui devraient servir de guide pour équilibrer des valeurs contradictoires, à commencer par la proposition selon laquelle il est permis aux fonctionnaires de s'exprimer dans une certaine mesure sur des questions d'intérêt public. <sup>i</sup> On souligne dans les mêmes pages les facteurs qui doivent être pris en considération, notamment la croissance du secteur public, l'inadmissibilité d'une interdiction générale qui refuserait à beaucoup trop de personnes l'exercice de droits démocratiques fondamentaux, la position relative du fonctionnaire en tant qu'individu à l'intérieur de la fonction publique, et ainsi de suite.

Counsel argued that the same kind of free speech is in issue in the *Fraser* case and in the case at bar and he submitted that the impugned provisions do not comply with the principles and guidelines stated in *Fraser*. Counsel argued more particularly that the impugned provisions are overbroad in that they apply to all civil servants, and, in some cases, to all Crown employees without any distinction between the types of jobs they perform. Furthermore, the impugned provisions cover too wide a range of political activities.

It can be seen that this line of argument is tantamount to one based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It constitutes a valiant attempt to go to the validity of the impugned provisions without the help of the *Charter*. I have never heard the overbreadth argument being made in a distribution of powers case except perhaps where colourability was alleged. As for the test relating to the balancing of conflicting values, it is of course highly relevant under s. 1 of the *Charter*, or in a common law or administrative law context such as the *Fraser* case. But in a distribution of powers case, once it is demonstrated that the enacting legislature is competent, the balancing of conflicting values depends on the political judgment of such legislature and cannot be reviewed by the courts without their passing upon the wisdom of the legislation.

Perhaps the *Fraser* case might have given some ammunition to the appellants if they had been allowed to rely on the *Charter*. I refrain from expressing any view on this point. But one thing is certain: the *Fraser* case had nothing to do with the validity of legislation in a distribution of powers sense, and, in my view, it does not help the appellants.

Perhaps the appellants' strongest argument was the one based on the existence in Canada of certain fundamental rights to participate in certain political activities. For this argument, they relied

L'avocat soutient que c'est le même genre de liberté d'expression qui est en cause dans l'affaire *Fraser* et en l'espèce et il prétend que les dispositions contestées ne sont pas conformes aux principes et aux directives énoncés dans l'arrêt *Fraser*. Il fait valoir plus particulièrement que les dispositions contestées ont une portée trop large du fait qu'elles s'appliquent à tous les fonctionnaires et, dans certains cas, à tous les employés de Sa Majesté sans aucune distinction entre les genres de fonctions qu'ils remplissent. En outre, les dispositions contestées visent un trop large éventail d'activités politiques.

On peut constater que ce genre d'argument équivaut à un argument fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il constitue une valeur tentative de s'attaquer à la validité des dispositions contestées sans l'aide de la *Charte*. Je n'ai jamais entendu parler de l'argument relatif à la portée trop large dans le contexte d'une affaire de partage des pouvoirs sauf peut-être dans des cas où on alléguait qu'il y avait législation déguisée. Quant au critère relatif à l'établissement de l'équilibre entre des valeurs contradictoires, il est évidemment tout à fait pertinent en vertu de l'article premier de la *Charte*, ou dans un contexte de *common law* ou de droit administratif comme dans l'affaire *Fraser*. Mais dans une affaire de partage des pouvoirs, lorsqu'on a démontré que le législateur a agi dans les limites de sa compétence, l'établissement de l'équilibre entre des valeurs contradictoires repose sur le jugement politique de ce législateur et ne peut pas être révisé par les tribunaux sans qu'ils examinent la sagesse de la mesure législative.

L'arrêt *Fraser* aurait peut-être pu apporter de l'eau au moulin des appelants s'ils avaient été autorisés à invoquer la *Charte*. Je m'abstiens d'exprimer quelque opinion sur ce point. Cependant, une chose est certaine: l'affaire *Fraser* n'avait rien à voir avec la validité d'une mesure législative sur le plan du partage des pouvoirs et, à mon avis, elle n'est d'aucun secours aux appelants.

Le meilleur argument des appelants est peut-être celui fondé sur l'existence, au Canada, de droits fondamentaux de participer à certaines activités politiques. À l'appui de cet argument, ils ont

on such cases as *Reference re Alberta Statutes* and *Switzman v. Elbling*, *supra*.

There is no doubt in my mind that the basic structure of our Constitution, as established by the *Constitution Act, 1867*, contemplates the existence of certain political institutions, including freely elected legislative bodies at the federal and provincial levels. In the words of Duff C.J. in *Reference re Alberta Statutes*, at p. 133, "such institutions derive their efficacy from the free public discussion of affairs . . ." and, in those of Abbott J. in *Switzman v. Elbling*, at p. 328, neither a provincial legislature nor Parliament itself can "abrogate this right of discussion and debate". Speaking more generally, I hold that neither Parliament nor the provincial legislatures may enact legislation the effect of which would be to substantially interfere with the operation of this basic constitutional structure. On the whole, though, I am inclined to the view that the impugned legislation is in essence concerned with the constitution of the province and with regulating the provincial public service and affects federal and provincial elections only in an incidental way.

I should perhaps add that issues like the last will in the future ordinarily arise for consideration in relation to the political rights guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which, of course, gives broader protection to these rights and freedoms than is called for by the structural demands of the Constitution. However, it remains true that, quite apart from *Charter* considerations, the legislative bodies in this country must conform to these basic structural imperatives and can in no way override them. The present legislation does not go so far as to infringe upon the essential structure of free Parliamentary institutions.

## VI

### Conclusion

I would answer the first constitutional question in the negative. I would not answer the second and third constitutional questions.

invoqué des arrêts comme *Reference re Alberta Statutes* et *Switzman v. Elbling*, précités.

Dans mon esprit, il ne fait aucun doute que la structure fondamentale de notre Constitution établie par la *Loi constitutionnelle de 1867* envisage l'existence de certaines institutions politiques dont des corps législatifs librement élus aux niveaux fédéral et provincial. Pour reprendre les termes du juge en chef Duff dans *Reference re Alberta Statutes*, à la p. 133, [TRADUCTION] «l'efficacité de ces institutions découle de la libre discussion publique des affaires . . .» et, selon le juge Abbott dans *Switzman v. Elbling*, à la p. 328, ni une législature provinciale ni le Parlement lui-même ne peuvent [TRADUCTION] «abroger ce droit de discussion et de débat». De manière plus générale, je conclus que ni le Parlement ni les législatures provinciales ne peuvent légiférer de façon à porter atteinte sensiblement au fonctionnement de cette structure constitutionnelle fondamentale. Dans l'ensemble, cependant, je suis porté à croire que la mesure législative attaquée se rapporte essentiellement à la constitution de la province et à la réglementation de la fonction publique provinciale, et qu'elle ne touche aux élections fédérales et provinciales que d'une manière accessoire.

Je devrais peut-être ajouter qu'à l'avenir on sera normalement appelé à examiner des questions comme la dernière, en fonction des droits politiques garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* qui, il va sans dire, accorde à ces droits et libertés une protection plus large que celle commandée par les exigences structurelles de la Constitution. Toutefois, il reste qu'il est vrai que, indépendamment des considérations fondées sur la *Charte*, les corps législatifs dans notre pays doivent se conformer à ces impératifs structurels fondamentaux et qu'ils ne doivent en aucun cas y passer outre. La présente mesure législative ne va pas jusqu'à porter atteinte à la structure fondamentale des institutions parlementaires libres.

## VI

### Conclusion

Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle par la négative et de ne pas répondre aux deuxième et troisième questions constitutionnelles.

I would dismiss the appeal and would not award costs.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—For the reasons given by Dickson C.J. and Beetz J., I agree that *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, as amended, viewed in its entirety, is authorized by s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867*. I therefore need not consider s. 92(13) or (1) of the *Constitution Act, 1867*.

I agree with Dickson C.J. that *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, was wrongly decided.

As regards the other points in issue and the disposition of this case, I agree with Dickson C.J. and Beetz J.

*Appeal dismissed; the first constitutional question is answered in the negative.*

*Solicitors for the appellants: Gowling & Henderson, Toronto.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Attorney General for New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: James B. Taylor, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Attorney General for Alberta, Edmonton.*

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de ne pas accorder de dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Pour les motifs donnés par le juge en chef Dickson et le juge Beetz, je suis d'accord pour dire que *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, est dans l'ensemble autorisé par le par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il ne m'est donc pas nécessaire d'examiner les par. 92(13) ou (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Je partage l'avis du juge en chef Dickson selon lequel l'arrêt *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, est erroné.

Quant aux autres questions en litige et à l'issue du présent pourvoi, je suis d'accord avec le juge en chef Dickson et le juge Beetz.

*Pourvoi rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.*

*Procureurs des appelants: Gowling & Henderson, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Procureur général du Québec, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: James B. Taylor, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

**Rio Hotel Limited** *Appellant*

v.

**Liquor Licensing Board, established pursuant to the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, as amended** *Respondent*

and

**Attorney General for New Brunswick and Attorney General for Saskatchewan** *Intervenors*

INDEXED AS: RIO HOTEL LTD. v. NEW BRUNSWICK (LIQUOR LICENSING BOARD)

File No.: 19949.

1986: October 6; 1987: July 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

*Constitutional law — Distribution of powers — Criminal law power — Nudity — Provincial liquor licensing legislation providing for live entertainment licences subject to conditions — Conditions prohibiting nude entertainment — Whether or not provincial conditions an infringement on criminal law and hence ultra vires — Constitutional Act, 1867, s. 92(13) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 159(2)(b), 163, 169, 170, 171 — Liquor Control Act, R.S.N.B. 1973, c. L-10, s. 63.01.*

New Brunswick's *Liquor Control Act* required that liquor licence holders also hold an entertainment licence to which the Board could attach conditions with respect to live entertainment and contests held on the licensed premises. The conditions attaching to appellant's entertainment licence specified the degree of nudity acceptable and rules for staging events presupposing the removal of clothing. The *Criminal Code*, however, includes provisions dealing with nudity (s. 170), indecent acts (s. 169), immoral, indecent or obscene performances in a theatre (s. 163), indecent shows in public (s. 159(2)(b)), and causing a disturbance in or near a public place (s. 171). No submission was made here or in the Court of Appeal to the effect that the provisions of the *Code* did not apply to conduct within the licensed premises. At issue was whether or not the

**Rio Hotel Limited** *Appelante*

c.

**La Commission des licences et permis d'alcool, constituée en vertu de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, chap. L-10 et modifications** *Intimée*

et

**Le procureur général du Nouveau-Brunswick et le procureur général de la Saskatchewan** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: RIO HOTEL LTD. c. NOUVEAU-BRUNSWICK (COMMISSION DES LICENCES ET PERMIS D'ALCOOL)

N° du greffe: 19949.

1986: 6 octobre; 1987: 29 juillet.

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

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

*e* *Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Compétence en matière de droit criminel — Nudité — Loi provinciale sur les licences et permis d'alcool prévoyant la délivrance de licences de spectacles sur scène sous réserve de certaines conditions — Conditions interdisant les spectacles de nudité — Ces conditions provinciales empiètent-elles sur le droit criminel et sont-elles inconstitutionnelles? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 159(2)(b), 163, 169, 170, 171 — Loi sur la réglementation des alcools, L.R.N.-B. 1973, chap. L-10, art. 63.01.*

*h* La *Loi sur la réglementation des alcools* du Nouveau-Brunswick exige que les titulaires d'une licence d'alcool détiennent également une licence de divertissement que la Commission peut assortir de conditions relatives à la présentation de spectacles sur scène et la tenue de concours dans les lieux visés par la licence. Les conditions dont était assortie la licence de divertissement de l'appelante spécifiaient le degré de nudité acceptable et les règles pour la présentation d'activités qui présupposent l'enlèvement de vêtements. Cependant, le *Code criminel* renferme des dispositions concernant la nudité (art. 170), les actions indécentes (art. 169), les représentations théâtrales immorales, indécentes ou obscènes (art. 163), les spectacles indécents en public (al. 159(2)(b)) et le tapage fait dans un endroit public ou près d'un endroit public (art. 171). On n'a pas plaidé en

entertainment licence conditions imposed by the Board were an infringement upon the federal criminal power or whether these conditions could be appended to or enacted in support of a valid provincial legislative scheme.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per Dickson C.J. and McIntyre, Wilson and Le Dain JJ.:* The provincial legislation at issue is *intra vires* the province. This legislation, which seeks to regulate the forms of entertainment used by the owners of licensed premises as marketing tools to boost sales of alcohol, is *prima facie* related to property and civil rights within the Province and to matters of a purely local nature. There was no direct conflict between the licence condition precluding nude entertainment and various provisions of the *Code*, notwithstanding some overlap. The double aspect doctrine operates. Breach of the provincially-imposed licence conditions could result in suspension or cancellation of the liquor licence but did not entail penal consequences for either the nude entertainer or the holder of the licence. The relevant *Code* provisions, on the other hand, are designed primarily to punish entertainers and proprietors who breach the prohibitions on public nudity. The federal characteristics of this subject matter cannot be said to be palpably more important than the provincial characteristics. The provincial regulatory scheme relating to the sale of liquor in the province can operate concurrently with the federal *Criminal Code* provisions without difficulty.

This was not an appropriate case in which to deal with freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

*Per Estey and Lamer JJ.:* The provincial legislative activity here deals with the licensing of premises where the conditions form part of a general provincial regulatory program and consequently falls within s. 92(13) and/or (16). The licensing relates entirely to the local operations of premises engaged in the business of selling alcoholic beverages to the inhabitants where entertainment is a natural "marketing tool". It was not necessary to find support for this provincial legislation either under the alleged right of the province to regulate with

cette Cour ni en Cour d'appel que les dispositions du *Code* ne s'appliquaient pas à la conduite à suivre dans l'établissement titulaire d'une licence. Il s'agit en l'espèce de savoir si les conditions de la licence de divertissement imposées par la Commission empiètent sur la compétence fédérale en matière de droit criminel et si ces conditions peuvent être ajoutées à un régime législatif provincial valide, ou adoptées à l'appui d'un tel régime.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Wilson et Le Dain:* La loi provinciale en cause relève de la compétence de la province. Cette mesure législative, qui vise à réglementer les formes de divertissements dont les propriétaires d'établissements titulaires d'une licence peuvent se servir comme instruments de commercialisation pour les ventes d'alcool, se rapporte à première vue à la propriété et aux droits civils dans la province et à des matières d'une nature purement locale. Il n'y a pas de conflit direct entre la condition de licence interdisant les spectacles de nudité et les différentes dispositions du *Code*, malgré l'existence d'un certain chevauchement. Le principe du double aspect s'applique. Le manquement aux conditions imposées par la province pour obtenir une licence autorisant la vente d'alcool pouvait entraîner la suspension ou l'annulation de cette licence, mais il ne comportait aucune conséquence pénale ni pour l'artiste qui exécute le spectacle de nudité ni pour le titulaire de la licence. Par contre, les dispositions pertinentes du *Code criminel* ont principalement pour objet de punir les artistes et les propriétaires qui n'observent pas les interdictions concernant la nudité en public. On ne peut pas affirmer que les caractéristiques fédérales de cette matière soient sensiblement plus importantes que ses caractéristiques provinciales. Le régime provincial de réglementation de la vente de boissons alcooliques dans la province peut, sans difficulté, s'appliquer concurremment avec les dispositions du *Code criminel* fédéral.

Il ne convient pas en l'espèce d'examiner la question de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

*Les juges Estey et Lamer:* La mesure législative provinciale en l'espèce porte sur la délivrance, à des établissements, de licences dont les conditions font partie d'un programme provincial général de réglementation et elle relève donc du par. 92(13) ou (16), ou des deux à la fois. La délivrance de licences est entièrement liée à l'exploitation locale d'établissements où l'on vend des boissons alcooliques aux citoyens et où le divertissement constitue un «instrument de commercialisation» naturel. Il n'était pas nécessaire de justifier cette mesure législative pro-



respect to "local morality" or under the doctrine of paramountcy.

The longer the penalty and the closer the terminology comes to describing conduct traditionally criminal, the more doubtful the validity of the provincial enactment. Parliament's exclusive right to legislate with reference to criminal law and criminal procedure may not be eroded by provincial legislation disguised as that which is necessary to give effect to an otherwise valid provincial program. The impugned legislation, however, cannot be characterized as indistinguishable from the provisions of the *Code*.

The record before the courts on the issue of whether or not the constitutionally protected right to freedom of thought or expression had been infringed was inadequate and could not serve as a base upon which to build an argument that this law violated that right.

*Per Beetz J.*: The licensing conditions imposed by the Board constitute a valid provincial regulatory scheme that falls within the scope of s. 92(13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*. This scheme, in view of its valid provincial object, can operate concurrently with the *Code* provisions.

#### Cases Cited

By Dickson C.J.

**Considered:** *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; **distinguished:** *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43; **referred to:** *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba Licence Holders' Association*, [1902] A.C. 73; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776.

By Estey J.

**Considered:** *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *L'Abbé v. Ville de Montréal*, [1969] B.R. 1098; *R. v. Skagstead and Skagstead* (1963), 43 D.L.R. (2d) 315; *Re Sharlmark Hotels Ltd. and Municipality of Metropolitan Toronto* (1981), 32 O.R. (2d) 129; *Cal Investments Ltd. v. City of Winnipeg* (1978), 84 D.L.R. (3d) 699; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *Attorney General of Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770;

vinciale par le droit qu'aurait la province de faire des règlements en matière de «moralité locale» ou par le principe de la prépondérance.

Plus la durée de la peine est longue et plus la terminologie se rapproche de celle qui décrit une conduite considérée traditionnellement comme criminelle, plus la validité de la mesure législative adoptée par la province est discutable. Le droit exclusif du Parlement de légiférer relativement au droit criminel et à la procédure en matière criminelle ne peut pas être érodé par une loi provinciale qui a l'apparence de ce qui est nécessaire pour mettre à exécution un programme provincial par ailleurs valide. On ne peut cependant pas dire que la loi contestée ne peut pas être distinguée des dispositions du *Code*.

Le dossier présenté aux tribunaux sur la question de savoir s'il y a eu violation du droit à la liberté de pensée ou d'expression garanti par la Constitution est insuffisant et ne peut pas justifier l'argument portant que la loi en question viole ce droit.

*Le juge Beetz*: Les conditions de délivrance d'une licence prescrites par la Commission représentent un régime provincial valide de réglementation qui relève des par. 92(13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce régime, en raison de son objet provincial valide, peut s'appliquer concurremment avec les dispositions du *Code*.

#### Jurisprudence

*f* Citée par le juge en chef Dickson

**Arrêt examiné:** *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; **distinction d'avec l'arrêt:** *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43; **arrêts mentionnés:** *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba Licence Holders' Association*, [1902] A.C. 73; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776.

Citée par le juge Estey

**Arrêts examinés:** *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *L'Abbé v. Ville de Montréal*, [1969] B.R. 1098; *R. v. Skagstead and Skagstead* (1963), 43 D.L.R. (2d) 315; *Re Sharlmark Hotels Ltd. and Municipality of Metropolitan Toronto* (1981), 32 O.R. (2d) 129; *Cal Investments Ltd. v. City of Winnipeg* (1978), 84 D.L.R. (3d) 699; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770;

**distinguished:** *Rio Hotel Ltd. v. Liquor Licensing Board* (1983), 47 N.B.R. (2d) 436; *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43; **disapproved:** *Re Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto* (1985), 23 C.C.C. (3d) 286, reversing (1984), 45 O.R. (2d) 426, 11 C.C.C. (3d) 364; *Re Nordee Investments Ltd. and City of Burlington* (1984), 48 O.R. (2d) 123; *Re Sherwood Park Restaurant Inc. and Town of Markham* (1984), 48 O.R. (2d) 449; **referred to:** *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba Licence Holders' Association*, [1902] A.C. 73; *Bédard v. Dawson*, [1923] S.C.R. 681; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act (Margarine Reference)*, [1949] S.C.R. 1; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838.

By Beetz J.

**Referred to:** *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 2(b).  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(27), 92(13), (16).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 159(2)(b), 163, 169, 170, 170(1), 171.  
*Liquor Act*, R.S.S. 1940, c. 279, s. 264(9).  
*Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, ss. 14(1)(a), (a.1), (b), 63, 63.01, 63.01(5).  
*Liquor Control Act, 1956*, S.M. 1956, c. 40.  
*Municipal Act*, R.S.O. 1970, c. 284.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1986), 29 D.L.R. (4th) 662, 47 N.B.R. 436, 124 A.P.R. 436, dismissing an application for judicial review of the constitutional validity of s. 63.01(5) of the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10. Appeal dismissed.

*Julie Durette and Kevin McNeil*, for the appellants.

*B. Richard Bell*, for the respondent.

*Marc Richard and Bruce Judah*, for the interveners the Attorney General for New Brunswick.

**distinction d'avec les arrêts:** *Rio Hotel Ltd. v. Liquor Licensing Board* (1983), 47 R.N.-B. (2d) 436; *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43; **arrêts critiqués:** *Re Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto* (1985), 23 C.C.C. (3d) 286, infirmant (1984), 45 O.R. (2d) 426, 11 C.C.C. (3d) 364; *Re Nordee Investments Ltd. and City of Burlington* (1984), 48 O.R. (2d) 123; *Re Sherwood Park Restaurant Inc. and Town of Markham* (1984), 48 O.R. (2d) 449; **arrêts mentionnés:** *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba Licence Holders' Association*, [1902] A.C. 73; *Bédard v. Dawson*, [1923] R.C.S. 681; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act (Renvoi sur la margarine)*, [1949] R.C.S. 1; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838.

Citée par le juge Beetz

**Arrêt mentionné:** *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] R.C.S. 396.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2b).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 159(2)b), 163, 169, 170, 170(1), 171.  
*Liquor Act*, R.S.S. 1940, chap. 279, art. 264(9).  
*Liquor Control Act, 1956*, S.M. 1956, chap. 40.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27), 92(13), (16).  
*Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, chap. L-10, art. 14(1)a), a.1), b), 63, 63.01, 63.01(5).  
*Municipal Act*, R.S.O. 1970, chap. 284.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1986), 29 D.L.R. (4th) 662, 47 R.N.-B. 436, 124 A.P.R. 436, qui a rejeté une demande d'examen judiciaire de la constitutionnalité du par. 63.01(5) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, chap. L-10. Pourvoi rejeté.

*Julie Durette et Kevin McNeil*, pour l'appellante.

*B. Richard Bell*, pour l'intimée.

*Marc Richard et Bruce Judah*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Cheryl Crane*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

The judgment of Dickson C.J. and McIntyre, Wilson and Le Dain JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this appeal is whether a province has legislative authority to prevent “nude entertainment” as one aspect of a legislative scheme regulating the sale of liquor in the province. I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared by my colleague, Justice Estey, and although I am in full accord with his disposition of the appeal, I prefer to reach that conclusion by a different route. I am happy to adopt Justice Estey’s recitation of the facts and judicial history of this case.

It has long been settled that under s. 92(13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*, the provinces are vested with legislative authority to regulate the conditions for the sale and consumption of alcohol within the province. See *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (P.C.), and *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba Licence Holders’ Association*, [1902] A.C. 73 (P.C.) It is also well settled that in regulating the distribution of alcohol, a province may attach conditions to any licence with a view to providing for the “good government” of liquor outlets. See *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, at p. 131. It seems clear therefore that s. 63.01(5) of the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, as am., which permits the provincial Liquor Licensing Board to attach conditions to a liquor licence prohibiting “specified kinds of live entertainment” in licensed premises, is *prima facie* within the legislative competence of the New Brunswick Legislature.

The difficulty in this case, however, arises because, in granting entertainment licence 5199-E to Rio Hotel Ltd., the Liquor Licensing Board

*Cheryl Crane*, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges McIntyre, Wilson et Le Dain rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une province peut légiférer pour interdire les «spectacles de nudité», dans le cadre d’un régime législatif de réglementation de la vente de boissons alcooliques dans la province. J’ai eu l’avantage de lire les motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge Estey et, bien que je souscrive entièrement à sa façon de trancher le pourvoi, je préfère me fonder sur un raisonnement différent pour arriver à la même conclusion. Quant aux faits de la présente affaire et à l’historique des procédures devant les tribunaux, j’adopte volontiers l’exposé qu’en a fait le juge Estey.

Il est établi depuis longtemps que les par. 92(13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867* investissent les provinces du pouvoir de légiférer pour réglementer les conditions applicables à la vente et à la consommation d’alcool dans la province. Voir *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (C.P.), et *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba Licence Holders’ Association*, [1902] A.C. 73 (C.P.) Il est aussi bien établi qu’en réglementant la distribution d’alcool une province peut assujettir toute licence à des conditions visant à assurer la [TRADUCTION] «bonne administration» des débits de boissons alcooliques. Voir *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, à la p. 131. Il semble donc clair qu’à première vue le législateur du Nouveau-Brunswick avait compétence pour adopter le par. 63.01(5) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, chap. L-10 et ses mod., qui autorise la Commission des licences et permis d’alcool de la province à assujettir toute licence d’alcool à des conditions interdisant «certaines catégories déterminées de spectacles de personnes» dans les établissements titulaires d’une licence.

La difficulté, en l’espèce, découle toutefois du fait que la Commission des licences et permis d’alcool, en délivrant à Rio Hotel Ltd. la licence de

imposed a condition preventing all “nude entertainment”. The appellant contends that this condition relates to public morality and therefore falls within the exclusive jurisdiction of the federal Parliament under the criminal law power of s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. Parliament has indeed enacted legislation which relates directly or indirectly to public nudity (ss. 159(2)(b), 163, 169 and 170 of the *Criminal Code*). It is common ground that these *Criminal Code* provisions are *intra vires* the Parliament of Canada. The dispute therefore resolves itself into the following question: Can a provincial prohibition of nude entertainment attached to a liquor licensing scheme operate notwithstanding the more general but related prohibitions contained in the *Code*?

The Attorney General for New Brunswick submits that the impugned licence condition is part of a legislative scheme which “has a purpose entirely different from that sought to be served by the criminal law”. While the criminal law addresses nudity and obscenity, the licence condition is simply directed toward the types of entertainment available as a marketing device for the sale of liquor within the province. This submission clearly calls into play the “aspect doctrine” first articulated by the Privy Council in the late nineteenth century. The doctrine was summarized neatly by Their Lordships in *Hodge v. The Queen*, 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”. The inverse proposition is equally true. See also *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829, and *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96.

The operation of the aspect doctrine was discussed fully by this Court in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, and the relationship between federal legislative paramountcy and the aspect doctrine was explained in some detail. It is unnecessary to here reiterate the

divertissement n° 5199-E, lui a imposé une condition qui interdisait tous les «spectacles de nudité». L'appelante soutient que cette condition touche à la moralité publique et relève, par conséquent, de la compétence exclusive en matière de droit criminel que confère au législateur fédéral le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Parlement a en effet adopté des dispositions qui se rapportent, directement ou indirectement, à la nudité en public (l'al. 159(2)b et les art. 163, 169 et 170 du *Code criminel*). Les parties conviennent que ces dispositions relèvent de la compétence du Parlement du Canada. La question en litige se ramène donc à ceci: L'interdiction des spectacles de nudité qu'une province impose dans le cadre d'un régime de licences d'alcool peut-elle s'appliquer nonobstant les interdictions analogues mais de portée plus générale établies par le *Code*?

Le procureur général du Nouveau-Brunswick prétend que la condition de licence attaquée en l'espèce fait partie d'un régime législatif dont [TRADUCTION] «l'objet diffère complètement de celui visé par le droit criminel». Alors que le droit criminel aborde les questions de la nudité et de l'obscénité, la condition à laquelle est assujettie la délivrance de la licence concerne simplement les types de divertissements qui peuvent servir d'instrument de commercialisation pour la vente de boissons alcooliques dans la province. De toute évidence, cet argument fait entrer en jeu le «principe du double aspect» formulé pour la première fois par le Conseil privé à la fin du dix-neuvième siècle. Leurs Seigneuries ont bien résumé ce principe dans l'arrêt *Hodge v. The Queen*, à la p. 130: [TRADUCTION] «des sujets qui, sous un certain aspect et pour une certaine fin, relèvent de l'article 92, peuvent, sous un autre aspect et pour une autre fin, relever de l'article 91». L'inverse est également vrai. Voir aussi *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829, et *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96.

Dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, l'application du principe du double aspect a fait l'objet d'une étude exhaustive de la part de cette Cour, qui a en outre fourni une explication fort détaillée du rapport entre le principe de la prépondérance fédérale en

analysis. Suffice it to say that when a particular legislative subject matter can be said to have a "double aspect", so that viewed in one light the subject falls within the legislative competence of Parliament and, viewed in another light, within the legislative competence of a provincial legislature, federal legislation will only be paramount when there is a direct conflict with the relevant provincial legislation. Mere duplication does not constitute a "direct conflict". Rather, the phrase suggests that for federal paramountcy to operate, the related federal and provincial legislation must be contradictory. Relying upon the holding of Martland J. in *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776, the majority in *Multiple Access Ltd.* held, at p. 191:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no". . . .

The double aspect doctrine will apply whenever the contrast between the relative importance of the federal and provincial characteristics of a particular subject matter is not sharp.

Applying these principles to the circumstances of the case at bar, I conclude that the provincial legislation which authorizes the impugned licence condition is *intra vires* the Legislature of New Brunswick. The legislation is, as I have stated, *prima facie* related to property and civil rights within the Province and to matters of a purely local nature. The Legislature seeks only to regulate the forms of entertainment that may be used as marketing tools by the owners of licensed premises to boost sales of alcohol. Although there is some overlap between the licence condition precluding nude entertainment and various provisions of the *Code*, there is no direct conflict. It is perfectly possible to comply with both the provincial and the federal legislation. Moreover, the sanction for breach of the provincially-imposed licence conditions is suspension or cancellation of the liquor licence. No penal consequences ensue for the nude entertainer or for the holder of the licence. Under the relevant *Code* provisions, the

matière législative et celui du double aspect. Point n'est besoin de refaire ici cette analyse. Il suffit de dire que, lorsqu'on peut affirmer qu'un sujet législatif particulier revêt un «double aspect», de sorte que, vu sous un angle, ce sujet relève de la compétence du Parlement et, vu sous un autre angle, il est du ressort de la province, la loi fédérale n'aura prépondérance que dans la mesure où elle entre directement en conflit avec la mesure législative provinciale pertinente. Le simple chevauchement ne constitue pas un «conflit direct». Cette expression laisse plutôt entendre que, pour que la prépondérance fédérale joue, il doit y avoir conflit entre les lois fédérale et provinciale correspondantes. Se fondant sur la conclusion du juge Martland dans l'arrêt *Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776, la Cour à la majorité dans l'affaire *Multiple Access Ltd.* a affirmé, à la p. 191:

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non» . . .

Le principe du double aspect s'applique lorsqu'il n'y a pas de contraste marqué entre l'importance relative des caractéristiques fédérales et celles des caractéristiques provinciales d'un sujet particulier.

En appliquant ces principes aux circonstances de l'espèce, je conclus que la législature du Nouveau-Brunswick avait compétence pour adopter la loi provinciale autorisant la condition de licence attaquée. La loi en cause, je le répète, se rapporte à première vue à la propriété et aux droits civils dans la province et à des matières d'une nature purement locale. Le législateur ne cherche qu'à régler les formes de divertissement dont les propriétaires d'établissements titulaires d'une licence peuvent se servir comme instruments de commercialisation pour augmenter les ventes d'alcool. Malgré qu'il y ait un certain chevauchement de la condition de licence interdisant les spectacles de nudité et de différentes dispositions du *Code*, il n'y a pas de conflit direct. Il est tout à fait possible de se conformer aux deux lois provinciale et fédérale. De plus, la peine prévue pour le manquement aux conditions imposées par la province pour l'obtention d'une licence autorisant la vente d'alcool est la suspension ou l'annulation de cette dernière. Ni

primary object is obviously to punish entertainers and proprietors who breach the prohibitions on public nudity. I cannot say that the federal characteristics of this subject matter are palpably more important than the provincial characteristics. The provincial regulatory scheme relating to the sale of liquor in the Province can, without difficulty, operate concurrently with the federal *Criminal Code* provisions.

I should point out that the instant case is distinguishable from the situation discussed in *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43. In that case, the City of Calgary enacted a by-law purportedly in relation to the use of city streets. In fact, one section of the by-law was a blatant and colourable attempt to punish prostitution. That section was held by this Court to be an "intruded provision" that bore no relation, either in subject-matter or in the scale of penalties, to the remainder of the by-law. In other words, the prostitution provision could not be said to relate to any head of provincial jurisdiction; it was not truly part of a regulatory scheme authorized under s. 92(13) or (16) of the *Constitution Act, 1867*. The licence conditions in the instant case are only part of a comprehensive scheme regulating the sale of liquor in New Brunswick. There is no colourable intrusion upon a federal head of jurisdiction.

Finally, I agree with Estey J. that this is not an appropriate case in which to deal with freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

BEETZ J.—I agree with the Chief Justice and with Mr. Justice Estey that the licensing conditions imposed by the Board constitute a valid

l'artiste qui exécute un spectacle de nudité ni le titulaire de la licence ne fait l'objet d'une conséquence pénale. Quant aux dispositions pertinentes du *Code*, elles ont manifestement pour objet premier de punir les artistes et les propriétaires qui n'observent pas les interdictions concernant la nudité en public. Je ne puis affirmer que les caractéristiques fédérales de cette matière soient sensiblement plus importantes que ses caractéristiques provinciales. Le régime provincial de réglementation de la vente de boissons alcooliques dans la province peut, sans difficulté, s'appliquer concurremment avec les dispositions du *Code criminel* fédéral.

Je tiens à souligner que la présente affaire peut être distinguée d'avec la situation en présence dans l'affaire *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43. Dans cette affaire, la ville de Calgary avait adopté un règlement qui portait apparemment sur l'utilisation des rues de la ville. En réalité, un article du règlement constituait une tentative flagrante et déguisée de réprimer la prostitution. Cette Cour a jugé que l'article en question faisait «figure d'intrus» et qu'il n'avait rien à voir, ni du point de vue de la matière traitée ni du point de vue de la gamme des peines prévues, avec le reste du règlement. En d'autres termes, la disposition relative à la prostitution ne pouvait être considérée comme relevant d'un chef de compétence provinciale; elle ne s'inscrivait pas véritablement dans le cadre d'un programme de réglementation autorisé en vertu du par. 92(13) ou (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les conditions dont la licence est assortie en l'espèce ne constituent qu'une partie d'un régime global de réglementation de la vente de boissons alcooliques au Nouveau-Brunswick. Il n'y a aucun empiètement déguisé sur un chef de compétence fédérale.

Finalement, je suis d'accord avec le juge Estey pour dire qu'il ne convient pas ici d'examiner la question de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

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

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BEETZ—Je suis d'accord avec le Juge en chef et le juge Estey que les conditions de délivrance d'une licence prescrites par la Commis-

provincial regulatory scheme that falls within the scope of s. 92(13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*. I also agree with the Chief Justice that this scheme, in view of its valid provincial object, can operate concurrently with the *Criminal Code* provisions: see *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396.

I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Estey and Lamer JJ. were delivered by

ESTEY J.—This appeal concerns the interplay between provincial regulations relating to the sale of alcoholic beverages in the province and the several provisions in the *Criminal Code* relating to conduct in a field said to be entertainment.

The Province of New Brunswick enacted a comprehensive statute setting forth a licensing system of outlets throughout the province where citizens can purchase alcoholic beverages. The operators of the Rio Hotel Ltd. obtained two licences under this statutory program: the first was for the establishment of the premises themselves as a liquor outlet, and the second was an entertainment licence relating to the provision of live entertainment. This entertainment licence included a number of conditions. It is these latter conditions with which this appeal is principally concerned.

There can be no doubt at this stage in the constitutional history of Canada that the provinces have the authority under s. 92(13) or (16) to establish by legislation a plan for the sale and consumption of alcoholic beverages throughout the province: *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (P.C.); *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba Licence Holders' Association*, [1902] A.C. 73 (P.C.) It has also been determined that in the course of regulating that distribution system, the province can prohibit certain activities inside the premises licensed under the statutory plan: *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.)

sion représentent un régime provincial valide de réglementation qui relève des par. 92(13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je suis également d'accord avec le Juge en chef que ce régime, en raison de son objet provincial valide, peut s'appliquer concurremment avec les dispositions du *Code criminel*: voir *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] R.C.S. 396.

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

Version française des motifs des juges Estey et Lamer rendus par

c LE JUGE ESTEY—Le présent pourvoi porte sur l'interaction d'un règlement provincial concernant la vente des boissons alcooliques dans la province et des diverses dispositions du *Code criminel* concernant la conduite à suivre dans le domaine dit du divertissement.

d La province du Nouveau-Brunswick a adopté une loi générale établissant un régime de délivrance de licences applicable, dans l'ensemble de la province, aux établissements où les citoyens peuvent acheter des boissons alcooliques. Les exploitants de Rio Hotel Ltd. ont obtenu deux licences conformément à ce programme établi par la loi: la première concernait l'établissement des lieux eux-mêmes comme point de vente de boissons alcooliques, et la seconde était une licence de divertissement relative à la présentation de spectacles sur scène. Cette licence de divertissement comportait un certain nombre de conditions. Ce sont ces dernières conditions qui font principalement l'objet du présent pourvoi.

e Il ne peut y avoir de doute, à ce point de l'histoire constitutionnelle du Canada, que les provinces ont le pouvoir en vertu du par. 92(13) ou (16) d'établir par voie législative un régime applicable à la vente et à la consommation de boissons alcooliques dans l'ensemble de la province: *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (C.P.); *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba Licence Holders' Association*, [1902] A.C. 73 (C.P.) Il a également été établi qu'en réglementant ce système de distribution, la province peut interdire certaines activités à l'intérieur des établissements qui sont titulaires d'une licence en vertu du régime instauré

Historically, some provinces have in the past prohibited all forms of entertainment and all activities other than the consumption of the alcoholic beverages in these licensed premises. For example, in the Province of Saskatchewan, *The Liquor Act*, R.S.S. 1940, c. 279, s. 264(9), provided as follows:

**264. . . .**

(9) No slot machine, playing cards, vaudeville attraction, dancing, musical device, radio or any other form of entertainment, or any gambling device whatsoever, shall be permitted in that part of the hotel specified in the licence where beer may be kept, sold and consumed.

Meanwhile, the Parliament of Canada, by a series of provisions in the *Code*, has legislated with respect to nudity (s. 170), indecent acts (s. 169), immoral, indecent or obscene performances in a theatre (s. 163), indecent shows in public (s. 159(2)(b)), and causing a disturbance in or near a public place (s. 171). Some of these provisions relate to specified premises and others are made applicable at large. It may well be that Parliament could legislate with respect to conduct in taverns specifically, as in the case of theatres, but there is no such provision in the *Code* at present and apparently no court has been required to answer this question thus far in our constitutional history.

Under the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, the Province of New Brunswick established a Liquor Licensing Board which has the duty to issue, refuse, cancel or suspend liquor licences. Under s. 63, the Board may grant a number of different licences to sell liquor, such as a "tavern licence", a "restaurant licence" or a "cabaret licence". In 1983, the Act was amended so as to provide for an additional licensing requirement in s. 63.01. This new section provides that no holder of a liquor licence shall make available "live entertainment within premises in respect of which his licence is issued unless he holds a licence issued under this section". Section 63.01(5) also

par la loi: *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.) Dans le passé, certaines provinces ont interdit toute forme de divertissement et toute activité autre que la consommation de boissons alcooliques dans ces établissements titulaires d'une licence. Par exemple, dans la province de la Saskatchewan, le par. 264(9) de *The Liquor Act*, R.S.S. 1940, chap. 279, prévoyait ce qui suit:

[TRADUCTION] **264. . . .**

(9) Les appareils à sous, les cartes à jouer, les spectacles de variétés, la danse, les appareils produisant de la musique, la radio ou toute autre forme de divertissement ou tout appareil de jeu quelconque sont interdits dans la partie de l'hôtel mentionnée dans la licence où on peut garder, vendre et consommer de la bière.

Pendant ce temps, le Parlement du Canada a, par une série de dispositions dans le *Code*, légiféré en ce qui concerne la nudité (art. 170), les actions indécentes (art. 169), les représentations théâtrales immorales, indécentes ou obscènes (art. 163), les spectacles indécents en public (al. 159(2)(b)) et le tapage fait dans un endroit public ou près d'un endroit public (art. 171). Certaines de ces dispositions visent des lieux précis, tandis que d'autres s'appliquent de façon générale. Il se pourrait bien que le Parlement puisse légiférer en ce qui a trait à la conduite à suivre spécialement dans les tavernes, comme dans le cas des théâtres, mais il n'existe actuellement aucune disposition de ce genre dans le *Code*, et il semble que jusqu'ici depuis l'entrée en vigueur de la Constitution, aucun tribunal n'a été invité à répondre à cette question.

En application de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, chap. L-10, la province du Nouveau-Brunswick a créé une Commission des licences et permis d'alcool qui est chargée de délivrer, de refuser, d'annuler ou de suspendre les licences autorisant la vente de boissons alcooliques. Selon l'art. 63, la Commission peut délivrer diverses licences autorisant la vente des boissons alcooliques, comme une «licence de taverne», une «licence de restaurant» ou une «licence de cabaret». En 1983, la Loi a été modifiée de manière à assujettir les licences à une condition supplémentaire à l'art. 63.01. Ce nouvel article prévoit que nul titulaire d'une licence autorisant la vente de



provides that the Board may attach conditions to a licence issued under s. 63.01, and in doing so the Board may "regulate and restrict the nature and conduct of live entertainment and may prohibit specified kinds of live entertainment".

On 24 May, 1984, entertainment licence 5199-E was granted to the appellant, Rio Hotel Ltd., pursuant to s. 63.01 of the *Liquor Control Act*. The following conditions were attached to this licence:

1. In granting Entertainment Licences the Board will NOT approve nude entertainment or other types of live entertainment that in any form or manner exposes to public view the genital areas or buttocks of a male performer or the genital areas or buttocks or breasts of a female performer.
2. All licensees providing entertainment that involves performances, contests, acts or activities that presuppose the removal of any piece or article of clothing at any stage thereof, or presuppose a particular state of undress for the performance, contest, act or activity itself, by either male or female performers, and including but not restricted to striptease dancers, gogo dancers, exotic dancers, models, female impersonators, wet clothing contests, best body parts contests, and bands, singers or musicians, shall adhere to the following restrictions which shall be conditions attached to their licences:
  - (A) All such entertainers must perform on an elevated stage ONLY;
  - (B) The stage must be constructed and located so as to allow the entertainers to enter and exit from the stage without proceeding through those areas of the premises in which liquor may be served or consumed;
  - (C) Patrons of the premises shall NOT be seated or at any time be closer than two meters from the stage during any such performance;

boissons alcooliques ne doit présenter «dans l'établissement pour lequel cette licence a été délivrée des spectacles de personnes sans être titulaire d'une licence délivrée en vertu du présent article».

- a Le paragraphe 63.01(5) prévoit également que la Commission peut fixer les conditions de délivrance d'une licence en application de l'art. 63.01 et que, ce faisant, elle peut «réglementer et restreindre la nature et la présentation des spectacles de personnes et en interdire certaines catégories déterminées».

Le 24 mai 1984, la licence de divertissement n° 5199-E a été délivrée à l'appelante, Rio Hotel Ltd., conformément à l'art. 63.01 de la *Loi sur la réglementation des alcools*. La délivrance de cette licence a été assujettie aux conditions suivantes:

1. En accordant une licence de divertissement, la Commission n'approuve PAS les spectacles de nudité ou autres genres de spectacles sur scène qui exposent de quelque façon que ce soit à la vue du public les parties génitales ou les fesses d'un exécutant de sexe masculin ou les parties génitales ou les fesses ou les seins d'un exécutant de sexe féminin.
2. Tous les titulaires de licences qui offrent des spectacles où ont lieu des représentations, des concours, des actes ou activités qui présupposent l'enlèvement de quelque pièce de vêtement que ce soit à un moment donné du spectacle, ou qui présupposent un état particulier de nudité pour la représentation, le concours, l'acte ou l'activité même, par des hommes ou par des femmes, et notamment, mais non exclusivement, les danseurs effeuilleurs ou les danseuses effeuilleuses, les danseurs ou danseuses à «gogo», les danseurs ou danseuses exotiques, les mannequins, les imitateurs, les concours de vêtements mouillés, les concours des plus belles parties du corps, les groupes musicaux, les chanteurs, les chanteuses ou musiciens doivent respecter les restrictions suivantes dont sont assorties leurs licences:
  - (A) Toutes les représentations doivent se dérouler sur une scène surélevée SEULEMENT
  - (B) La scène doit être aménagée et située de manière à ce que les artistes puissent y entrer et en sortir sans devoir passer dans les lieux où l'alcool peut être servi ou consommé
  - (C) Les clients NE doivent en aucun temps être assis ou se trouver à moins de deux mètres de la scène pendant les représentations

(D) The entertainers shall NOT mingle, associate or socialize with the patrons at any time before, during or following their performance.

3. In granting entertainment licences the Board will also prohibit or restrict other types of entertainment which in its judgment is detrimental to the orderly operation of a licensed premises.

It is important to note that the *Code* provisions above and the conditions attached to the provincial licence can be distinguished in that the *Code* provisions are primarily directed at punishing the entertainer and/or the proprietor in question, whereas the provincial regulation only applies to the owner of the licensed premises and not to the entertainer. No submission was made in this Court or in the Court of Appeal to the effect that the provisions of the *Code* mentioned above did not apply to conduct within these licensed premises. The issue therefore is whether or not these licensed conditions imposed by the Board are an infringement upon the federal criminal power or whether these conditions may be appended to or enacted in support of a valid provincial legislative scheme.

The principal debate in this appeal focusses on the first condition attached to the entertainment licence, *supra*, which the appellant argues is purely and simply the enactment by the province of criminal law. The Province of New Brunswick has in the past enacted similar regulations which found themselves before the courts in *Rio Hotel Ltd. v. Liquor Licensing Board* (1983), 47 N.B.R. (2d) 436 (C.A.), which for convenience will hereafter be referred to as "*Rio I*". The statute before the Court [R.S.N.B. 1973, c. L-10] in those proceedings provided as follows:

14(1) The Board may cancel a licence or permit or suspend a licence or permit for such period as it considers proper where, after a hearing in accordance with section 12, the board is satisfied that

(a) the person to whom the licence or permit was issued has violated a provision of this Act or the regulations or has failed to comply with any condition of the licence or permit,

(D) Il est INTERDIT aux artistes de se mêler à la clientèle avant, pendant ou après les représentations.

3. En accordant les licences de divertissement, la Commission interdit également ou restreint les autres genres de divertissements qui à son avis sont préjudiciables au bon fonctionnement de l'établissement titulaire d'une licence.

Il importe de noter que les dispositions du *Code* susmentionnées et les conditions de délivrance de la licence provinciale peuvent être distinguées en ce sens que les dispositions du *Code* visent essentiellement à punir l'artiste ou le propriétaire en question, ou les deux à la fois, alors que le règlement provincial ne s'applique qu'au propriétaire de l'établissement titulaire d'une licence et non à l'artiste. Ni cette Cour ni la Cour d'appel n'ont été saisies d'un argument portant que les dispositions du *Code* susmentionnées ne s'appliquaient pas à la conduite à suivre dans cet établissement titulaire d'une licence. La question est donc de savoir si les conditions auxquelles la Commission a assujéti la délivrance de la licence empiètent sur la compétence fédérale en matière de droit criminel ou si ces conditions peuvent être ajoutées à un régime législatif provincial valide, ou adoptées à l'appui d'un tel régime.

En l'espèce, le litige porte principalement sur la première condition dont est assortie la licence de divertissement, précitée, qui, selon l'appelante, constitue purement et simplement l'adoption, par la province, d'une disposition de droit criminel. La province du Nouveau-Brunswick a, dans le passé, adopté un règlement semblable qui a été contesté devant les tribunaux dans l'affaire *Rio Hotel Ltd. v. Liquor Licensing Board* (1983), 47 R.N.-B. (2d) 436 (C.A.), ci-après appelée, pour plus de commodité, l'arrêt «*Rio n° 1*». La disposition soumise à l'examen de la cour [L.R.N.-B. 1973, chap. L-10] dans cette affaire prévoyait ce qui suit:

14(1) La Commission peut annuler une licence ou un permis ou les suspendre pendant la période qu'elle juge utile lorsqu'elle est convaincue, après avoir tenu une audience en application de l'article 12,

a) que la personne à laquelle a été délivré la licence ou le permis a enfreint une disposition de la présente loi ou du règlement ou n'a pas observé l'une des conditions rattachées à la licence ou au permis,

(a.1) entertainment in licensed premises to which the licence or permit relates was immoral, indecent or obscene, or

(b) such other grounds for cancellation or suspension of a licence or permit, as prescribed in this Act, exist.

These regulations closely follow the terminology of the *Code* and indeed would appear to be the establishment of an offence identical with that in s. 159(2) of the *Code*, except that the provincial legislation is applicable only to conduct within licensed premises. The New Brunswick Court of Appeal in *Rio 1, supra*, found this regulation to be *ultra vires* the province as an invasion of the federal criminal competence.

It need hardly be observed that a province could provide in its liquor control legislation a condition that a conviction of the licensee under the *Code* would be grounds for cancellation of the licence. It does not follow, however, that it is open to the province to reenact the criminal provision and accomplish the same result by effectively "convicting" the licensee of a criminal offence already existing in federal law, under its own process and in its own forum.

As already noted there have been several cases where the provincial regulation of conduct within licensed premises has been held valid. In *Hodge v. The Queen, supra*, the Privy Council held that a regulation of the provincial Liquor Licence Commissioners, which prohibited the use of a billiard table during any time when the sale of liquor was prohibited by the *Liquor Licence Act*, was *intra vires* the province under s. 92(16). Their Lordships held at p. 131 that "the powers intended to be conferred by the Act in question, when properly understood, are to make regulations in the nature of police or municipal regulations of a merely local character for the good government of taverns . . . and such as are calculated to preserve, in the municipality, peace and public decency, and

a.1) que les spectacles ou divertissements offerts dans l'établissement titulaire d'une licence visé par le permis ou la licence étaient immoraux, indécents ou obscènes, ou

b) qu'il existe d'autres motifs d'annulation ou de suspension d'une licence ou d'un permis prescrits par la présente loi.

Cette disposition réglementaire suit de près la terminologie du *Code* et semblerait en effet créer une infraction identique à celle que prévoit le par. 159(2) du *Code*, sauf que la mesure législative provinciale ne s'applique qu'à la conduite à suivre à l'intérieur d'un établissement titulaire d'une licence. Dans l'arrêt *Rio n° 1*, précité, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a jugé que cet article du règlement outrepassait la compétence de la province et empiétait sur la compétence fédérale en matière de droit criminel.

Il va sans dire qu'une province pourrait prescrire dans sa législation sur la réglementation des alcools une condition selon laquelle une condamnation du titulaire de la licence en vertu du *Code* justifierait l'annulation de cette licence. Cependant, il ne s'ensuit pas qu'il est loisible à la province d'adopter de nouveau la disposition en matière criminelle pour arriver au même résultat en déclarant effectivement le titulaire de la licence «coupable» d'une infraction criminelle existant déjà dans la loi fédérale, conformément à sa propre procédure et devant son propre tribunal.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, il y a eu plusieurs affaires où on a jugé valide la réglementation provinciale de la conduite à suivre dans les établissements titulaires d'une licence. Dans l'arrêt *Hodge v. The Queen*, précité, le Conseil privé a statué qu'un règlement pris par les Liquor Licence Commissioners de la province, qui interdisait l'utilisation d'une table de billard pendant les heures où la vente des boissons alcooliques était prohibée par la *Liquor Licence Act*, était conforme à la compétence de la province en vertu du par. 92(16). Leurs Seigneuries ont jugé, à la p. 131, que [TRA-DUCTION] «bien compris, les pouvoirs conférés par la loi en question sont de faire des règlements dans le genre de règlements municipaux ou de police, d'une nature purement locale pour la bonne admi-

repress drunkenness and disorderly and riotous conduct”.

In *L'Abbé v. Ville de Montréal*, [1969] B.R. 1098, the Quebec Court of Appeal held that a by-law of the City of Montreal, which provided that it was unlawful for the employees and entertainers in establishments dispensing alcoholic beverages to “mingle with the customers of the establishment, to drink, dance or sit at the same table or counter with a customer”, was *intra vires* the City of Montreal. Casey J.A. stated, at p. 1101, that as regards establishments serving alcoholic beverages it is “essential that the City have the power to do what it can to prevent abuses and to assure that such establishments be operated so as to preserve peace and order and to conform with communal standards of decency and good morals”. The Court found, at p. 1102, that the by-law in question did not encroach on the field of criminal law, and that the acts contemplated by the by-law did not fall “into an area already indicated by the Federal Government as being within the general field of criminal law”.

In *R. v. Skagstead and Skagstead* (1963), 43 D.L.R. (2d) 315, the Manitoba Court of Appeal found that a section of the provincial *Liquor Control Act, 1956*, S.M. 1956, c. 40 which provided that “no person shall be disorderly in licensed premises” was valid provincial legislation in relation to the administration of the *Liquor Control Act* and the control of premises licensed thereunder. The pith and substance of this regulation was to control the operation of licensed premises “for the purpose and to the extent necessary to enforce the stringent statutory provisions for regulating such licensed premises” (at p. 316). Further, “no effort was made by the Legislature to copy any part of the *Criminal Code* nor to amplify or enlarge any *Code* prohibitions” (at p. 317). The court further held that the use of the word “disorderly” in the by-law did not make it the same

nistration des tavernes . . . et que, comme tels, ils ont pour but de préserver, dans les limites de la municipalité, la paix et les bonnes mœurs, et de réprimer l'ivresse et la conduite désordonnée et tapageuse».

Dans l'affaire *L'Abbé v. Ville de Montréal*, [1969] B.R. 1098, la Cour d'appel du Québec a jugé qu'un règlement de la ville de Montréal, qui prévoyait qu'il était illégal pour les employés et les artistes des établissements offrant des boissons alcooliques de [TRADUCTION] «se mêler aux clients de l'établissement, de boire, de danser avec un client ou de prendre place à la même table ou au même comptoir que lui», relevait des pouvoirs de la ville de Montréal. Le juge Casey a déclaré, à la p. 1101, qu'en ce qui concerne les établissements où l'on sert des boissons alcooliques, il est [TRADUCTION] «essentiel que la ville ait le pouvoir de faire ce qu'elle peut afin de prévenir les abus et de s'assurer que ces établissements sont tenus de façon à maintenir la paix et l'ordre et à respecter les normes de la décence et des bonnes mœurs de la société». La cour a conclu, à la p. 1102, que le règlement en question n'empiétait pas sur le domaine du droit criminel et que les actes envisagés par le règlement ne s'inscrivaient pas [TRADUCTION] «dans une catégorie que le gouvernement fédéral avait déjà désignée comme relevant du domaine général du droit criminel».

Dans l'affaire *R. v. Skagstead and Skagstead* (1963), 43 D.L.R. (2d) 315, la Cour d'appel du Manitoba a statué qu'un article de la *Liquor Control Act, 1956*, S.M. 1956, chap. 40, de cette province, qui prévoyait que [TRADUCTION] «personne ne doit causer du désordre dans un établissement titulaire d'une licence» constituait une disposition législative provinciale valide en ce qui concerne l'application de la *Liquor Control Act* et la surveillance des établissements titulaires d'une licence délivrée en vertu de cette loi. Ce règlement visait, de par son caractère véritable, à surveiller l'exploitation des établissements titulaires d'une licence [TRADUCTION] «dans le but, autant que possible, de faire respecter les dispositions législatives strictes visant la réglementation de ces établissements titulaires d'une licence» (à la p. 316). De plus, [TRADUCTION] «la Législature n'a nullement

offence as in s. 171 of the *Code* (formerly s. 160) which relates to causing a disturbance in a public place.

In *Re Sharlmark Hotels Ltd. and Municipality of Metropolitan Toronto* (1981), 32 O.R. (2d) 129, (later overturned by the Ontario Court of Appeal in *Re Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto* (1985), 23 C.C.C. (3d) 286), the Ontario Divisional Court, Saunders J. speaking for a unanimous Court (1984) 45 O.R. (2d) 426, 11 C.C.C. (3d) 364, considered an amendment to the *Municipal Act*, R.S.O. 1970, c. 284, which authorized municipalities to pass by-laws licensing, regulating and inspecting "adult entertainment parlours". The Court concluded that the legislation addressed the regulation of a permitted business and was thus *intra vires* the province. Pursuant to this provision in the *Municipal Act*, the City of Toronto had enacted a by-law which provided for the regulation of "adult entertainment parlours" (which includes, but is not limited to, premises licensed to serve alcohol). This by-law prohibited entertainers in these parlours from exposing specified areas of the body. This provision was also held to be in relation to the regulation of a permitted business and within the powers of the municipality. Although the *Code* included nudity provisions in s. 170, the impugned by-law was upheld. The *Code* offences refer to morality, indecency or obscenity. The Divisional Court found that the by-law did not address these issues. The by-law may have been designed to create conditions to prevent crime or even as legislation relating to morality, but it nonetheless did not encroach on the forbidden field of criminal law. It is but another illustration of the subtle but discernible distinction between criminal legislation

tenté de copier quelque partie du *Code criminel* ni d'amplifier ou d'accroître quelque interdiction du *Code*» (à la p. 317). La cour a également jugé que l'utilisation du mot «*disorderly*» (désordre) dans le règlement ne créait pas pour autant la même infraction qu'à l'art. 171 du *Code* (l'ancien art. 160) qui concerne le fait de troubler la paix dans un endroit public.

<sup>a</sup> Dans l'arrêt *Re Sharlmark Hotels Ltd. and Municipality of Metropolitan Toronto* (1981), 32 O.R. (2d) 129 (écarté subséquemment par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto* (1985), 23 C.C.C. (3d) 286), la Cour divisionnaire de l'Ontario, dont le jugement unanime a été rendu par le juge Saunders (1984), 45 O.R. (2d) 426, 11 C.C.C. (3d) 364, a examiné une modification apportée à la *Municipal Act*, R.S.O. 1970, chap. 284, qui autorisait les municipalités à adopter des règlements concernant la délivrance de licences, la réglementation et l'inspection des [TRADUCTION] «lieux de divertissement réservés aux adultes». La cour a conclu que la mesure législative portait sur la réglementation d'un commerce autorisé et qu'elle relevait donc de la compétence de la province. Conformément à cette disposition de la *Municipal Act*, la ville de Toronto avait adopté un règlement qui visait la réglementation des [TRADUCTION] «lieux de divertissement réservés aux adultes» (qui comprennent notamment les établissements titulaires d'une licence les autorisant à servir des boissons alcooliques). Ce règlement interdisait aux artistes qui se produisaient dans ces lieux d'exposer des parties précises de leur corps. On a également jugé que cette disposition se rapportait à la réglementation d'un commerce autorisé et qu'elle relevait des pouvoirs de la municipalité. Bien que le *Code* ait contenu à l'art. 170 des dispositions relatives à la nudité, le règlement contesté a été maintenu. Les infractions dont il est question dans le *Code* se rapportent à la moralité, à l'indécence ou à l'obscénité. La Cour divisionnaire a jugé que le règlement ne visait pas ces questions. Il avait peut-être été conçu pour créer des conditions propres à prévenir la criminalité ou même comme une mesure législative en matière de moralité, mais toujours est-il qu'il n'empiétait pas sur le domaine interdit du droit criminel. Ce n'est

and regulation established to support and promote the operation of valid provincial legislative object.

The Court of Appeal of Manitoba examined the regulation of massage parlours by a municipality in *Cal Investments Ltd. v. City of Winnipeg* (1978), 84 D.L.R. (3d) 699. The regulations required people working in a massage parlour to wear "non-transparent outer garments" from the neck to the knee. It was found that the pith and substance of the by-law was the regulation of the massage parlour trade and did not invade the federal power over criminal law. The by-law was not concerned with morality but rather was designed to regulate the manner in which the trade in question should be carried on.

In each of the above-cited cases the provincial regulation in question was directed at the orderly operation of the licensed premise in question, be it a tavern, adult entertainment parlour, or a massage parlour. Conduct which would detract from the efficiency and orderliness of these operations was either the grounds for the cancellation of the licence or for process in the criminal courts of the provincial offence established in support of the provincial regulation.

This interpretation of the valid exercise of provincial jurisdiction regarding licensed premises finds further support in the decision of this Court in *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662. In *McNeil*, this Court considered the validity of provincial legislation granting broad censorship powers over exhibitions, performances, and films in Nova Scotia. The provincial legislation in question provided for the licensing and regulation of theatres. The statute provided that no theatre owner could exhibit any film that had not been authorized by the Amusement Regulation Board. The legislation granted the Board the authority to revoke or cancel any

qu'un autre exemple de la distinction subtile mais perceptible qui existe entre une loi en matière criminelle et un règlement pris en vue d'appuyer et de promouvoir l'application d'un objectif législatif régulier d'une province.

La Cour d'appel du Manitoba a examiné la réglementation des salons de massage par une municipalité dans l'affaire *Cal Investments Ltd. v. City of Winnipeg* (1978), 84 D.L.R. (3d) 699. Le règlement imposait aux gens qui travaillent dans les salons de massage le port de [TRADUCTION] «vêtements de dessus opaques» qui couvraient le corps à partir du cou jusqu'aux genoux. Il a été jugé que le règlement visait, de par son caractère véritable, à réglementer le commerce des salons de massage et n'empiétait pas sur la compétence fédérale en matière de droit criminel. Le règlement ne s'intéressait pas à la moralité, mais visait plutôt à réglementer la manière dont le commerce en question devait être exercé.

Dans chacune des affaires susmentionnées, le règlement provincial en cause visait à assurer l'exploitation ordonnée de l'établissement titulaire d'une licence en question, qu'il s'agisse d'une taverne, d'un lieu de divertissement réservé aux adultes ou d'un salon de massage. Toute conduite qui portait atteinte à l'exploitation efficace et ordonnée de ces commerces justifiait l'annulation de la licence ou la poursuite, devant les cours criminelles, de l'auteur de l'infraction provinciale créée pour sanctionner la réglementation provinciale.

L'arrêt de cette Cour *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, appuie également cette interprétation de l'exercice valide de la compétence provinciale relativement aux établissements titulaires d'une licence. Dans l'arrêt *McNeil*, cette Cour a examiné la validité d'une loi provinciale qui conférait de vastes pouvoirs de censure en matière de représentations, de spectacles et de films en Nouvelle-Écosse. La loi provinciale en question prévoyait la délivrance de licences et la réglementation des salles de spectacle. La Loi interdisait au propriétaire d'une salle de spectacle de présenter un film qui n'avait pas été préalablement autorisé par l'Amusement Regula-

licence issued under the Act if the theatre owner violated the Act.

The five member majority of the Court held the legislation (except for one regulation) to be *intra vires* the province on the basis that the impugned legislation addressed the regulation of a trade or business within the province, properly falling within the scope of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. The Court also found the legislation valid on the grounds that it was regulatory and preventative rather than penal; the legislation was not concerned with creating a criminal offence or providing for its punishment (as in *Bédard v. Dawson*, [1923] S.C.R. 681). Finally, the Court upheld the legislation as addressing the determination of “what is and what is not acceptable for public exhibition on moral grounds”, this being a matter of a “local and private nature in the Province” within the meaning of s. 92(16) of the *Constitution Act, 1867*, (at p. 699). The most persuasive ground upon which to uphold this legislation is that the regulation relates to the valid regulation of a trade or business within the province. It is possible that the reference to the provincial jurisdiction over the morality of the public exhibition in question, as being a matter of a “local and private nature”, could be distinguished. It may well be (although it is not necessary, in my view, to decide so now) that this point in *McNeil* will be confined by the courts to the precise facts of that case.

In *McNeil*, *supra*, the Court did find one regulation imposed by the Act to be *ultra vires* the Province. Regulation 32 prohibited the performance of any “indecent or improper performance” in any theatre. The Court, speaking through Ritchie J., struck down this regulation as being “indistinguishable from the like provisions of the *Criminal Code*” (at p. 699). This provision would have led to the problem of the enforcement of criminal law in the guise of a provincial regulatory scheme. It thereby carried the legislative activities

tion Board. La Loi accordait à la commission concernée le pouvoir de retirer ou d'annuler une licence délivrée en vertu de la Loi si le propriétaire de la salle de spectacle contrevenait à cette dernière.

Les cinq juges formant la majorité de la Cour ont statué que la loi contestée (à l'exception d'un article du règlement) était du ressort de la province pour le motif qu'elle visait la réglementation d'un commerce ou d'une entreprise à l'intérieur de la province, ce qui relevait, à juste titre, du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour a également jugé que la Loi était valide à cause de son caractère réglementaire et préventif et non pas pénal; la Loi ne visait pas à créer une infraction criminelle ni à prévoir sa punition (comme dans l'arrêt *Bédard v. Dawson*, [1923] R.C.S. 681). Enfin, la Cour a confirmé la validité de la Loi pour le motif qu'elle visait à déterminer «ce qui est ou non présentable au public, pour des raisons morales», ce qui constitue une matière d'une «nature purement locale ou privée dans la province» au sens du par. 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (à la p. 699). Le motif le plus convaincant pour justifier le maintien de cette loi est que le règlement se rapporte à la réglementation valide d'un commerce ou d'une entreprise à l'intérieur de la province. Il est possible de faire la distinction d'avec la mention de la compétence provinciale relativement à la moralité de la représentation publique en question, comme matière d'une «nature purement locale ou privée». Il se peut bien que (même s'il n'est pas nécessaire, à mon avis, d'en décider ainsi maintenant) que les tribunaux limitent ce point de l'arrêt *McNeil* aux faits précis de cette affaire.

Dans l'arrêt *McNeil*, précité, la Cour a effectivement conclu que l'un des articles du règlement imposé par la Loi outrepassait la compétence de la province. L'article 32 du règlement interdisait toute [TRADUCTION] «représentation indécente ou inconvenante» dans une salle de spectacle. Le juge Ritchie, s'exprimant au nom de la Cour, a annulé cet article du règlement pour le motif qu'on «ne [pouvait] le distinguer des dispositions analogues du *Code criminel*» (à la p. 699). Cette disposition aurait engendré le problème de l'application du

of the province into the realm of s. 91(27) and hence its condemnation.

In *Attorney General of Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, this Court addressed an analogous situation. The municipality was found constitutionally capable of regulating parades on public streets as being a "local matter" authorized by s. 92(16) of the *Constitution Act, 1867*. Citing *Hodge v. The Queen*, *supra*, as authority for the proposition that the municipality can act to preserve peace and repress disorderly conduct in the context of a valid provincial program, the Court held that the municipality could regulate in relation to the municipal public domain. The regulation was in nature preventative, not punitive. This was, therefore, a valid exercise of provincial jurisdiction. *Dupond*, *supra*, was a pre-*Charter* case raising only the issue of s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. The control and regulation of traffic on the streets is a matter of local concern and parades by their very nature usurp the entire use of a street or thoroughway for the use and benefit of one cause or body. The chaos which could result from unannounced, extended and repeated arrogation of the streets by one body or group might dislocate the entire community. Transportation and communication in large urban areas are a vital, albeit local, concern and as such have been assigned constitutionally to the province and through it to the municipality.

This sometimes narrow line between the valid criminal law exercise by Parliament and valid exercise by the province of a right to create licensing provisions or various other regulations or prohibitions in support of an otherwise valid provincial legislation program has seen many instances where the provincial legislation was

droit criminel sous le couvert d'un régime réglementaire provincial. Elle faisait entrer de cette façon les activités législatives de la province dans le domaine du par. 91(27), d'où la nécessité de la condamner.

Dans l'arrêt *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, cette Cour a examiné une situation analogue. On a jugé que la municipalité était constitutionnellement habilitée à réglementer la tenue de défilés sur les voies publiques puisqu'il s'agit d'une «matière d'une nature locale» autorisée par le par. 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Citant l'arrêt *Hodge v. The Queen*, précité, à l'appui de la proposition selon laquelle la municipalité peut agir dans le but de préserver la paix et de réprimer la conduite désordonnée dans le cadre d'un programme provincial valide, la Cour a jugé que la municipalité pouvait établir des règlements se rapportant au domaine public municipal. La mesure réglementaire était de nature préventive et non punitive. Il s'agissait donc d'un exercice valide de la compétence provinciale. L'arrêt *Dupond*, précité, a été rendu avant l'adoption de la *Charte* et ne soulevait que la question du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le contrôle et la réglementation de la circulation dans les rues est une question d'intérêt local et les défilés, de par leur nature même, exigent l'utilisation entière d'une rue ou d'une voie rapide au profit d'une cause ou d'un organisme. Le chaos qui pourrait résulter du fait qu'un organisme ou un groupe puisse envahir les rues sans avertissement préalable et de façon prolongée et répétée serait susceptible de désorganiser toute la collectivité. Les transports et les communications dans les grandes régions urbaines constituent une question vitale quoique d'intérêt local et c'est à ce titre que la Constitution les a attribués à la province et, par l'intermédiaire de celle-ci, à la municipalité.

Cette ligne de démarcation parfois étroite entre l'exercice valide par le Parlement de sa compétence en matière de droit criminel et l'exercice valide par la province d'un droit de créer des dispositions en matière de licences ou divers autres règlements ou interdictions à l'appui d'un programme législatif provincial par ailleurs valide a



struck down: *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43; *Rio Hotel Ltd. v. Liquor Licensing Board*, ("Rio 1"), *supra*; *Re Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto*, *supra*; *Re Nordee Investments Ltd. and City of Burlington* (1984), 48 O.R. (2d) 123 (C.A.); and *Re Sherwood Park Restaurant Inc. and Town of Markham* (1984), 48 O.R. (2d) 449 (C.A.)

This Court in *Westendorp, supra*, struck down a Calgary by-law which purported to control the practice of prostitution on the streets of that city. Conduct relating to prostitution is a classic or traditional crime of great antiquity that clearly falls within the mandate of Parliament under the *Constitution Act, 1867*. The city sought unsuccessfully to uphold the validity of this provincial regulation as an aspect of provincial control of traffic in the streets. The thrust of the by-law was not however aimed at traffic but was, in pith and substance, criminal law legislation. As Laskin C.J. said at pp. 53-54:

If a province or municipality may translate a direct attack on prostitution into street control through reliance on public nuisance, it may do the same with respect to trafficking in drugs. And, may it not, on the same view, seek to punish assaults that take place on city streets as an aspect of street control!

As was stated in *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at p. 236, "Criminal law is easier to recognize than to define. It is easier to say what is not criminal law than what is." In *Scowby, supra*, this Court (at pp. 236-38) founded its discussion of the ambit of the federal power in criminal law on the following three cases: *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524, at pp. 528-29; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310, at p. 324; and *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act (Margarine Reference)*, [1949] S.C.R. 1, at p. 49. The Court then concluded at p. 238:

fait l'objet de nombreux arrêts où la mesure législative provinciale a été annulée: *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43, *Rio Hotel Ltd. v. Liquor Licensing Board* («Rio n° 1»), précité, *Re Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto*, précité, *Re Nordee Investments Ltd. and City of Burlington* (1984), 48 O.R. (2d) 123 (C.A.), et *Re Sherwood Park Restaurant Inc. and Town of Markham* (1984), 48 O.R. (2d) 449 (C.A.)

Dans l'arrêt *Westendorp*, précité, cette Cour a annulé un règlement de la ville de Calgary qui avait pour objet de réprimer la pratique de la prostitution dans les rues de cette ville. La conduite liée à la prostitution est un crime classique ou traditionnel vieux comme le monde qui relève nettement du mandat conféré au Parlement par la *Loi constitutionnelle de 1867*. La ville a cherché sans succès à faire confirmer la validité de ce règlement provincial en tant qu'élément de la réglementation provinciale de la circulation dans les rues. Le règlement ne visait cependant pas la circulation mais constituait, de par son caractère véritable, du droit criminel. Ainsi que l'a affirmé le juge en chef Laskin, aux pp. 53 et 54:

Si une province ou une municipalité peuvent mettre une attaque directe contre la prostitution au compte du maintien de l'ordre dans la rue en s'appuyant sur l'atteinte aux droits du public, elles peuvent faire de même relativement au trafic de stupéfiants. Et pourquoi pas, dans la même optique, chercher à sanctionner les voies de fait commises dans les rues de la ville au titre du maintien de l'ordre dans les rues!

Comme on l'a déclaré dans l'arrêt *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, à la p. 236: «Le droit criminel est plus facile à reconnaître qu'à définir. Il est plus facile de dire ce qui ne constitue pas du droit criminel que ce qui en est.» Dans cet arrêt, cette Cour (aux pp. 236 à 238) a fondé son examen de l'étendue de la compétence fédérale en matière de droit criminel sur les trois arrêts suivants: *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524, aux pp. 528 et 529, *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310, à la p. 324, et *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act (Renvoi sur la margarine)*, [1949] R.C.S. 1, à la p. 49. La Cour conclut ensuite, à la p. 238:

The terms of s. 91(27) of the Constitution must be read as assigning to Parliament exclusive jurisdiction over criminal law in the widest sense of the term. Provincial legislation which in pith and substance falls inside the perimeter of that term broadly defined is *ultra vires*. Parliament's legislative jurisdiction properly founded on s. 91(27) may have a destructive force on encroaching legislation from provincial legislatures, but such is the nature of the allocation procedure in ss. 91 and 92 of the Constitution.

In *Dupond, supra*, the activity essentially related to the efficient operation of the streets and the prevention of conditions which in turn could give rise to disorderly conduct on a large scale. Thus it was regulation both with reference to the streets and with reference to the prevention of the incidence of crime, both of which are valid provincial objects. In *Westendorp, supra*, the thrust of the local legislation was the control of activity historically recognized as criminal and while the focus of the by-law was on the streets, it could not, except on a colourable basis, be described as street traffic legislation.

In *Koumoudouros, supra*, the Divisional Court found provincial regulations not unlike those before the Court in this appeal to be valid. The regulations in this case specified dress restrictions for entertainers in "adult entertainment parlours", prohibiting exposure of specified areas of the entertainer's body. The Court of Appeal (at (1985), 23 C.C.C. (3d) 286) reversed the finding of the Divisional Court and struck down this regulation on the basis that the province was seeking to regulate public morals, a matter falling under s. 91(27).

A similar result can be found in *Nordee, supra*, in which the Ontario Court of Appeal struck down municipal dress regulations in places for the "lodging, reception, refreshment, or entertainment of the public". Although the Court did find that the regulation was duly enacted as part of a licensing scheme within provincial jurisdiction, the Court

Les termes du par. 91(27) de la Constitution doivent être interprétés comme attribuant au Parlement la compétence exclusive en matière de droit criminel dans le sens plus large du terme. La législation provinciale qui, de par son caractère véritable, s'inscrit dans le cadre de cette expression dans son sens large est *ultra vires*. La compétence législative du Parlement correctement fondée sur le par. 91(27) peut avoir un effet destructeur sur une loi adoptée par une assemblée législative provinciale, qui empiète sur un domaine de compétence fédérale, mais telle est la nature de la procédure de répartition énoncée aux art. 91 et 92 de la Constitution.

Dans l'affaire *Dupond*, précitée, l'activité en question était essentiellement reliée à la bonne utilisation des rues et à la prévention des conditions qui, à leur tour, pouvaient donner lieu à une conduite désordonnée sur grande échelle. Il s'agissait donc d'un règlement qui concernait à la fois l'utilisation des rues et la prévention du crime qui constituait tous les deux des objectifs provinciaux réguliers. Dans l'affaire *Westendorp*, précitée, la mesure législative locale visait à réprimer une activité reconnue historiquement comme criminelle et, bien que le règlement fût axé sur le déroulement d'activités dans les rues, il ne pouvait pas, si ce n'est pour un motif spécieux, être décrit comme une mesure législative portant sur la circulation dans les rues.

Dans l'arrêt *Koumoudouros*, précité, la Cour divisionnaire a conclu à la validité d'un règlement provincial qui n'était pas différent de celui qui fait l'objet du présent pourvoi. Dans cette affaire, le règlement imposait des restrictions vestimentaires aux artistes qui se produisaient dans des [TRADUCTION] «lieux de divertissement réservés aux adultes» et leur interdisait d'exposer à la vue du public certaines parties précises de leur corps. La Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour divisionnaire et a annulé ce règlement pour le motif que la province cherchait à réglementer les mœurs publiques, une matière qui relève du par. 91(27).

On peut trouver un résultat semblable dans l'arrêt *Nordee*, précité, dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a annulé un règlement municipal imposant une tenue vestimentaire dans des endroits destinés à [TRADUCTION] «héberger, accueillir, délasser ou divertir le public». Bien qu'elle ait effectivement jugé que le règlement

found that the by-law conflicted with s. 170(1) of the *Code*, the provision governing nudity. In such a conflict, the Court held that the federal legislation must prevail (*Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161). Shortly thereafter the result in *Nordee* was again upheld by the Ontario Court of Appeal in *Re Sherwood Park*, *supra*, however on different grounds. The Court in *Re Sherwood Park* simply held that the regulation was not part of the valid provincial regulatory scheme and was an invasion of federal criminal law power; the Court did not rely upon the doctrine of paramountcy.

As in the case presently before the Court, the regulations in *Koumoudouros*, *Nordee*, and *Re Sherwood Park* related only to premises duly licensed and regulated by the province. The regulations in *Koumoudouros* were restricted to "adult entertainment parlour[s] licensed under *The Liquor Licence Act*". The regulations in *Nordee* and *Re Sherwood Park* were restricted to "eating establishments", defined as places for the "reception, refreshment or entertainment" of the public. Nonetheless, the Ontario Court of Appeal held in all three cases that the impugned regulations were *ultra vires* the province. In my respectful view, the dispositions in *Koumoudouros*, *Nordee* and *Re Sherwood Park*, *supra*, were in error.

The segregation of the federal and the provincial powers in all the authorities cited above relates to two different situations. The first situation concerns the regulation of licensed premises, and the provincial enactment in question goes to the imposition of conditions to be maintained by the licensee in order to maintain his licence. The second situation occurs where a province purports to append penalties to a valid provincial undertaking such as the regulation of streets in a municipality.

avait été dûment adopté dans le cadre d'un régime de licences qui était du ressort de la province, la cour a conclu que ce règlement était incompatible avec le par. 170(1) du *Code*, qui régit la nudité. La cour a jugé que, dans un tel cas, la loi fédérale doit avoir prépondérance (*Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161). Peu de temps après, le résultat auquel on était arrivé dans l'affaire *Nordee* a de nouveau été maintenu par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re Sherwood Park*, précité, bien que ce soit pour des motifs différents. Dans l'arrêt *Re Sherwood Park*, la cour a simplement conclu que le règlement ne faisait pas partie du régime réglementaire valide de la province et empiétait sur la compétence fédérale en matière de droit criminel; la cour ne s'est pas fondée sur le principe de la prépondérance.

À l'instar de la présente affaire, les règlements en question dans les affaires *Koumoudouros*, *Nordee* et *Re Sherwood Park* visaient seulement des établissements dûment autorisés et réglementés par la province. Dans l'affaire *Koumoudouros*, le règlement ne visait que les [TRADUCTION] «endroit[s] de divertissement réservé[s] aux adultes et titulaires d'une licence délivrée en vertu de *The Liquor Licence Act*». Dans les affaires *Nordee* et *Re Sherwood Park*, les règlements étaient limités aux [TRADUCTION] «établissements où l'on sert de la nourriture», définis comme des endroits destinés à [TRADUCTION] «accueillir, délasser ou divertir» le public. Néanmoins, la Cour d'appel de l'Ontario a, dans les trois cas, statué que le règlement contesté outrepassait la compétence de la province. Avec égards, je suis d'avis que les décisions rendues respectivement dans les affaires *Koumoudouros*, *Nordee* et *Re Sherwood Park*, précitées, sont erronées.

Dans toutes les décisions précitées, la séparation entre la compétence fédérale et la compétence provinciale se rapporte à deux situations différentes. La première situation concerne la réglementation d'établissements titulaires d'une licence et le texte législatif provincial en question vise à imposer des conditions que le titulaire de la licence doit respecter pour conserver sa licence. La seconde situation se présente lorsqu'une province prétend ajouter des peines à une entreprise provinciale

In the former case, it is much easier to determine provincial validity because the reference to conduct is only in relation to the operation of an activity which properly falls within provincial competence. Thus the licensing program is part of a general provincial regulatory program. Consequently, the provincial legitimacy is found in s. 92(13) and/or (16). In the second category the problem is rendered more difficult by the fact that the provincial regulation reaches outside premises owned or controlled by a provincial licensee. In that circumstance, the province again must find a valid provincial regulatory program and must confine the offences created in support of that program to those which are reasonably necessary for that purpose.

The longer the penalty and the closer the terminology comes to describing conduct traditionally criminal, the more doubtful the validity of the provincial enactment. The exclusive right in Parliament to legislate with reference to criminal law and criminal procedure may not be eroded by provincial legislation disguised as that which is necessary to give effect to an otherwise valid provincial program. In *Westendorp, supra*, the municipality failed to demonstrate the existence of such a program, but in *Dupond, supra*, the Court was able to discern the existence of such legitimate provincial activity. In *Rio 1, supra*, at p. 441, despite the fact that the impugned legislation was part of a valid provincial licensing scheme, the provision in question was found to be indistinguishable from the like provision of the *Code*. Therefore, as in *Westendorp, supra*, the legislation clearly invaded the exclusive criminal jurisdiction of Parliament and was *ultra vires* the province. However, in this appeal, the impugned legislation cannot be characterized as indistinguishable from the provisions of the *Code*. It is, rather, a valid provincial regulation that forms an important and integral part of a valid provincial licensing scheme.

valide comme la réglementation de la circulation dans les rues d'une municipalité. Dans le premier cas, il est beaucoup plus facile de déterminer si la mesure provinciale est valide parce que le comportement visé se rapporte seulement au déroulement d'une activité qui relève à juste titre de la compétence provinciale. Ainsi, le programme de licences fait partie d'un programme provincial général de réglementation. Par conséquent, sa légitimité se fonde sur le par. 92(13) ou (16), ou sur les deux à la fois. Dans la seconde catégorie, le problème se complique du fait que le règlement provincial s'applique à l'extérieur des établissements qui appartiennent au titulaire d'une licence provinciale ou qui sont contrôlés par lui. Dans ce cas, la province doit encore une fois trouver un programme provincial valide de réglementation et limiter les infractions créées à l'appui de ce programme à celles qui sont raisonnablement nécessaires à cette fin.

Plus la durée de la peine est longue et plus la terminologie se rapproche de celle qui décrit une conduite considérée traditionnellement comme criminelle, plus la validité de la mesure législative adoptée par la province est discutable. Le droit exclusif du Parlement de légiférer relativement au droit criminel et à la procédure en matière criminelle ne peut pas être érodé par une loi provinciale qui a l'apparence de ce qui est nécessaire pour mettre à exécution un programme provincial par ailleurs valide. Dans l'affaire *Westendorp*, précitée, la municipalité n'a pas démontré l'existence d'un tel programme, mais dans l'affaire *Dupond*, précitée, la Cour a pu discerner l'existence d'une telle activité provinciale légitime. Dans l'arrêt *Rio n° 1*, précité, à la p. 441, malgré le fait que la loi contestée faisait partie d'un régime de licences provincial valide, on a jugé que la disposition en question ne pouvait être distinguée de la disposition analogue du *Code*. Donc, comme dans l'arrêt *Westendorp*, précité, la mesure législative en question empiétait nettement sur la compétence exclusive du Parlement en matière de droit criminel et outrepassait la compétence de la province. Cependant, dans le présent pourvoi, on ne peut pas dire que la loi contestée ne peut être distinguée des dispositions du *Code*. Il s'agit plutôt d'un règlement provincial valide qui constitue une partie importante d'un régime de licences provincial valide.

It is clear, therefore, that we are here concerned with provincial legislative activity in the first category described above and, in particular, we are concerned with a provincial licensing scheme in relation to the sale of alcohol. The control of the sale of alcoholic beverages has, since the earliest times in our constitutional history, engaged the attention of the courts. It is clear from judgments cited above and many others that both sovereignties have a legitimate interest in some element of the production, distribution and consumption of alcohol. The province historically has always been found to have an interest in the sale of alcoholic beverages within the province. *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion, supra*, and *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba Licence Holders' Association, supra*, find provincial jurisdiction in both s. 92(13) (property and civil rights) and s. 92(16) (matters of a merely local or private nature in the province). The supervision of taverns, beverage rooms, hotels, restaurants and other facilities to which the public may have recourse for the consumption of alcoholic beverages lends itself by its very nature to local administration. There is, of course, the omnipresent national interest in criminal conduct in or out of these premises but it is to the province that the *Constitution Act, 1867* looks for the daily establishment and supervision of these businesses. By their very nature these premises are matters of local interest and concern and they clearly operate within the realm of property and civil rights. It is not surprising, therefore, to find, albeit with some historic lapses, the regulatory root for these activities within the provincial legislature. Where the program is founded on a licensing system with regulations and conditions related to the provision of a licence, and where the province does not purport to establish an offence that is criminal in character, it is clearly constitutionally legitimate. The valid provincial regulatory program is the licensing system. In the circumstances of this appeal the picture is even clearer because the licensing system is related entirely to the local operations of premises engaged in the business of selling alcoholic beverages to the inhabitants. Entertainment is a natural "marketing tool", to use the words of the respondent, in these premises.

Par conséquent, il est clair que nous sommes en présence d'une mesure législative provinciale qui se situe dans la première catégorie que j'ai décrite, et plus particulièrement nous sommes saisis d'un régime provincial de délivrance de licences autorisant la vente de boissons alcooliques. La réglementation de la vente des boissons alcooliques a, depuis le tout début de notre histoire constitutionnelle, retenu l'attention des tribunaux. Il ressort clairement des jugements précités et de beaucoup d'autres jugements que les deux niveaux de gouvernement souverain ont un intérêt légitime dans une certaine partie de la production, de la distribution et de la consommation des boissons alcooliques. Historiquement, on a toujours jugé que la province avait un intérêt dans la vente des boissons alcooliques sur son territoire. Les arrêts *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion* et *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba Licence Holders' Association*, précités, font reposer la compétence provinciale en cette matière à la fois sur le par. 92(13) (la propriété et les droits civils) et le par. 92(16) (les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province). La surveillance des tavernes, débits de boissons, hôtels, restaurants et autres établissements que le public peut fréquenter pour consommer des boissons alcooliques semble, de par sa nature même, être une question d'administration locale. Naturellement, il y va toujours de l'intérêt national en ce qui concerne les actes criminels accomplis à l'intérieur ou à l'extérieur de ces établissements, mais c'est à la province que la *Loi constitutionnelle de 1867* s'en remet pour la création et la surveillance quotidiennes de ces commerces. De par leur nature même, ces établissements constituent des questions d'intérêt local et ils relèvent nettement du domaine de la propriété et des droits civils. Il n'est donc pas surprenant de conclure, bien qu'il y ait eu certaines exceptions historiques, que la réglementation de ces activités relève de la législature provinciale. Si le programme se fonde sur un système de délivrance de licences assorti de conditions et de règlements relatifs à la délivrance d'une licence et si la province ne prétend pas créer une infraction qui est de nature criminelle, il est nettement légitime sur le plan constitutionnel. Le programme de réglementation

In today's market it would seem essential that provident regulations concerning the consumption of alcoholic beverages should take the availability and the nature of entertainment in these premises into account in determining the public interest in the granting and renewal of licences for the operation of these outlets.

As a result, in this appeal there is to be found a provincial legislative program relating to the licensing of premises for the sale of alcoholic beverages and for the employment of entertainment as an aid to the marketing of those services. All of this falls within the provincial ambit. It is not necessary to find support for this provincial legislation either under the alleged right of the province to regulate with respect to "local morality" (*McNeil, supra*) or under the doctrine of paramountcy as it is outlined in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon, supra*. In this regard, I respectfully disagree with the Court of Appeal below in this appeal. If the impugned legislation was in pith and substance in relation to criminal law, as was found in *Scowby v. Glendinning, supra*, (at p. 236), it would fall within the "exclusive jurisdiction" of Parliament. Instead, the impugned legislation now before this Court does not touch upon the forbidden field of criminal law but is a regulation enacted in relation to a valid provincial licensing scheme.

Brief reference was made by the appellant in this Court to the application of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to this provincial legislation. Section 2(b) provides:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

provincial valide est le système de délivrance des licences. Dans les circonstances du présent pourvoi, cela est même plus clair vu que le système de délivrance de licences est entièrement lié à l'exploitation locale d'établissements où l'on vend des boissons alcooliques aux citoyens. Le divertissement constitue dans ces établissements un [TRANSDUCTION] «instrument de commercialisation» naturel, pour reprendre les termes de l'intimée. Sur le marché actuel, il semblerait indispensable que des règlements adéquats concernant la consommation de boissons alcooliques tiennent compte de la nature des spectacles qui peuvent être offerts dans ces établissements, pour déterminer l'intérêt public dans la délivrance et le renouvellement des licences nécessaires à leur exploitation.

Par conséquent, il faut conclure en l'espèce à l'existence d'un programme législatif provincial concernant la délivrance de licences autorisant des établissements à vendre des boissons alcooliques et à présenter des spectacles pour favoriser la commercialisation de ces services. Tout cela est du ressort provincial. Il n'est pas nécessaire de justifier cette mesure législative provinciale par le droit qu'aurait la province de faire des règlements en matière de «moralité locale» (*McNeil, précité*) ou par le principe de la prépondérance ainsi que le souligne l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon, précité*. Avec égards, je ne suis pas d'accord sur ce point avec la Cour d'appel en l'espèce. Si la mesure législative contestée constituait, de par son caractère véritable, du droit criminel, ainsi qu'on l'a jugé dans l'arrêt *Scowby c. Glendinning, précité* (à la p. 236), elle relèverait de la «compétence exclusive» du Parlement. Au lieu de cela, la mesure législative dont est maintenant saisie cette Cour ne touche pas au domaine interdit du droit criminel, mais constitue un règlement adopté relativement à un régime provincial valide de délivrance de licences.

L'appelante a fait brièvement mention devant cette Cour de l'application de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à cette mesure législative provinciale. L'alinéa 2b) prévoit ce qui suit:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

The record before the courts on this issue is woefully inadequate and cannot serve as a base upon which to build an argument that this law violates the above provision of the *Charter*. The nature of the conduct, said to amount to nude dancing, is not revealed in the record. There is no description of any such conduct, the extent of the alleged nudity, the nature of the "expression" in question, or anything else of a factual nature germane to this issue (*R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838). Accordingly, the Court did not call upon the respondent to reply on that matter. I therefore do not find it necessary to deal with this issue in this appeal.

I therefore would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Valcourt, Picard, Morneault, Durette & McNeil, Edmundston.*

*Solicitors for the respondent: Wood, Buchanan & Bell, Fredericton.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Bruce Judah and M. Richard, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Kenneth W. McKay, Regina.*

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Le dossier présenté aux tribunaux sur cette question est malheureusement insuffisant et ne peut pas justifier l'argument portant que cette loi viole la disposition précitée de la *Charte*. La nature de la conduite qui, allègue-t-on, équivaut à de la danse nue, n'est pas indiquée dans le dossier. On n'y décrit aucune conduite de ce genre, ni l'étendue de la nudité alléguée, ni la nature de l'«expression» en question, ni rien d'autre d'une nature factuelle se rapportant à cette question (*R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838). Par conséquent, la Cour n'a pas demandé à l'intimée de fournir une réponse sur ce point. Je ne juge donc pas nécessaire d'examiner cette question dans le présent pourvoi.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appellante: Valcourt, Picard, Morneault, Durette & McNeil, Edmundston.*

*Procureurs de l'intimée: Wood, Buchanan & Bell, Fredericton.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Bruce Judah et M. Richard, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Kenneth W. McKay, Regina.*

**Bonnie Robichaud and the Canadian Human Rights Commission** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen, as represented by the Treasury Board** *Respondent*

INDEXED AS: ROBICHAUD v. CANADA (TREASURY BOARD)

File Nos.: 19326, 19344.

1987: May 6; 1987: July 29.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Civil rights — Infringement — Liability — Female employee sexually harassed by male supervisor — Whether or not employer liable for supervisor's actions — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2, 3, 7(a), (b), 41(2), (3).*

Mrs. Bonnie Robichaud filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission dated January 26, 1980 that she had been sexually harassed, discriminated against and intimidated by her employer, the Department of National Defence, and that Dennis Brennan, her supervisor, was the person who had sexually harassed her. The Human Rights Tribunal appointed to inquire into Robichaud's complaint found that a number of sexual encounters had taken place between her and Brennan, but dismissed the complaint against Brennan and against the employer. A Review Tribunal found, on appeal, that Brennan had sexually harassed Robichaud and that the Department of National Defence was strictly liable for the actions of its supervisory personnel. Assessment of damages, however, was postponed until further argument had been heard. The Federal Court of Appeal dismissed Brennan's application for judicial review but allowed that of The Queen. The Court set aside the decision of the Review Tribunal, and referred the matter back to it on the basis that Robichaud's complaint against the Crown was not sustainable. The latter decision was appealed to this Court. At issue here is whether or not an employer is responsible for the unauthorized discriminatory acts of its employees in the

**Bonnie Robichaud et la Commission canadienne des droits de la personne** *Appelantes*

a c.

**Sa Majesté La Reine, représentée par le Conseil du Trésor** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: ROBICHAUD c. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR)

N<sup>os</sup> du greffe: 19326, 19344.

1987: 6 mai; 1987: 29 juillet.

c 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 FÉDÉRALE

d *Libertés publiques — Violation — Responsabilité — Employée harcelée sexuellement par un surveillant — L'employeur est-il responsable des actes du surveillant? — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 2, 3, 7a), b), 41(2), (3).*

e Madame Bonnie Robichaud a déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne une plainte en date du 26 janvier 1980, dans laquelle elle alléguait avoir été victime de harcèlement sexuel, de discrimination et d'intimidation de la part de son employeur le ministère de la Défense nationale, et que Dennis Brennan, son surveillant, était la personne qui l'avait harcelée sexuellement. Le tribunal des droits de la personne constitué pour examiner la plainte de M<sup>me</sup> Robichaud a conclu qu'il y avait eu plusieurs rencontres de caractère sexuel entre M<sup>me</sup> Robichaud et M. Brennan, mais il a rejeté la plainte portée contre ce dernier et contre l'employeur. Un appel a été interjeté devant un tribunal d'appel qui a jugé que M. Brennan avait harcelé sexuellement M<sup>me</sup> Robichaud et que le ministère de la Défense nationale était strictement responsable des actes de son personnel de surveillance. La décision sur la question des dommages-intérêts a toutefois été reportée jusqu'à ce que d'autres arguments soient présentés. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande d'examen judiciaire de M. Brennan, mais a accueilli celle de La Reine. La cour a annulé la décision du tribunal d'appel et a renvoyé l'affaire devant lui pour le motif que la plainte de M<sup>me</sup> Robichaud contre Sa Majesté était sans fondement. Ce dernier arrêt a été porté en appel devant cette Cour. La question en litige dans la présente affaire est de savoir si, en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, un employeur est responsable des



course of their employment under the *Canadian Human Rights Act*.

*Held*: The appeal should be allowed.

*Per* Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The *Canadian Human Rights Act* contemplates the imposition of liability on employers for all acts of their employees "in the course of employment". This expression must, in view of the purposes of the Act, be interpreted as meaning job-related. No label need be attached to this type of liability; it is purely statutory, though it serves a purpose somewhat similar to that of vicarious liability in tort by placing responsibility for an organization on those who control it and are in a position to take effective remedial action to remove undesirable conditions.

Since the Act is essentially concerned with the removal of discrimination, as opposed to punishing anti-social behaviour, the motives or intentions of those who discriminate are not central to its concerns. Rather, the Act is directed to redressing socially undesirable conditions quite apart from the reasons for their existence. Theories of employer liability developed in the context of criminal or quasi-criminal conduct are therefore completely beside the point as being fault oriented. The liability of an employer, too, ought not be based on vicarious liability, as developed under the law of tort, which was confined to activities done within the confines of a person's job, but rather in terms of the purpose of the Act. The remedial objectives of the Act would be stultified if its remedies, especially those set out in ss. 41 and 42, were not available as against the employer. The Act is concerned with the effects of discrimination rather than its causes (or motivations): only an employer can remedy undesirable effects and only an employer can provide the most important remedy—a healthy work environment. The legislative emphasis on prevention and elimination of undesirable conditions, rather than on fault, moral responsibility and punishment, supports making the Act's carefully crafted remedies effective. If the Act is to achieve its purpose, the Commission must be empowered to strike at the heart of the problem, to prevent its recurrence and to require that steps be taken to enhance the work environment.

actes discriminatoires accomplis sans autorisation par ses employés dans le cadre de leurs emplois.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli.

*Le* juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé: La *Loi canadienne sur les droits de la personne* envisage de rendre les employeurs responsables de tous les actes accomplis par leurs employés «dans le cadre de leurs emplois». Compte tenu des objets de la Loi, cette expression doit être interprétée comme signifiant «relié à l'emploi». Ce type de responsabilité se passe de tout qualificatif; elle découle purement et simplement de la loi quoiqu'elle réponde à un objectif quelque peu semblable à celui de la responsabilité du fait d'autrui en matière délictuelle, du fait qu'elle impose la responsabilité d'un organisme à ceux qui en ont le contrôle et qui peuvent prendre des mesures réparatrices efficaces en vue d'éliminer les conditions peu souhaitables qui peuvent exister.

Puisque la Loi s'attache essentiellement à l'élimination de toute discrimination plutôt qu'à la punition d'une conduite antisociale, les motifs ou les intentions des auteurs d'actes discriminatoires ne constituent pas une préoccupation majeure du législateur. Au contraire, la Loi vise à remédier à des conditions socialement peu souhaitables, et ce, sans égard aux raisons de leur existence. Les théories de la responsabilité de l'employeur qui ont été établies à l'égard d'une conduite criminelle ou quasi criminelle, étant axées sur la faute, n'ont donc absolument aucune pertinence en l'espèce. La responsabilité d'un employeur ne devrait pas non plus reposer sur la notion de la responsabilité du fait d'autrui en matière délictuelle, dont l'application se limite aux actes qu'une personne accomplit dans l'exercice de ses fonctions. Sa responsabilité doit plutôt être établie en fonction de l'objet de la Loi. Les objectifs réparateurs de la Loi perdraient toute leur valeur si les redressements qu'elle prévoit, surtout ceux énoncés aux art. 41 et 42, ne pouvaient pas être obtenus contre l'employeur. La Loi s'intéresse aux effets de la discrimination plutôt qu'à ses causes (ou aux motifs qui la sous-tendent): seul l'employeur peut remédier à des effets peu souhaitables et seul l'employeur est en mesure de fournir le redressement le plus important, celui d'un milieu de travail sain. La Loi met l'accent sur la prévention et l'élimination de conditions peu souhaitables plutôt que sur la faute, la responsabilité morale et la punition, c'est pourquoi il convient d'assurer l'efficacité des redressements soigneusement conçus par le législateur. L'objet de la Loi ne peut être atteint que si la Commission est investie du pouvoir de s'attaquer au cœur du problème, d'empêcher qu'il ne se pose de nouveau et d'exiger que des mesures soient prises pour améliorer le milieu de travail.

*Per Le Dain J.:* The appeal should be allowed for the reasons of La Forest J. The Act contemplates in ss. 4 and 41(2) that relief will be available against the person found to be engaging or to have engaged in a discriminatory practice. It is an implication of the word "indirectly" in s. 7 and the nature of the relief available under s. 41(2) that a discriminatory practice by the employee is to be considered a discriminatory practice by the employer as well, whether or not authorized or intended by the latter.

#### Cases Cited

**Applied:** *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; **referred to:** *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 106 S.Ct. 2399 (1986); *Re Nelson and Byron Price & Associates Ltd.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 340.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2, 3, 4, 7(a), (b), 39, 41(2), (3), 42, 63(1).  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1984] 2 F.C. 799, (1985), 57 N.R. 116, setting aside a judgment of the Review Tribunal which had allowed an appeal from a judgment of a Human Rights Tribunal appointed under the *Canadian Human Rights Act*, and referring the matter back to that Tribunal. Appeal allowed.

*Michael L. Phelan and K. Scott McLean*, for the appellant Bonnie Robichaud.

*Russell Juriansz and James Hendry*, for the appellant the Canadian Human Rights Commission.

*Graham Garton, Q.C.*, for the respondent.

*Le juge Le Dain:* Le pourvoi doit être accueilli pour les motifs donnés par le juge La Forest. La Loi envisage, à l'art. 4 et au par. 41(2), qu'un redressement peut être obtenu contre la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire. Il ressort implicitement du mot «indirectement» à l'art. 7 et de la nature du redressement qui peut être obtenu en vertu du par. 41(2) que l'acte discriminatoire d'un employé doit être aussi considéré comme l'acte discriminatoire de l'employeur, qu'il ait été ou non autorisé ou voulu par ce dernier.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; **arrêts mentionnés:** *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 106 S.Ct. 2399 (1986); *Re Nelson and Byron Price & Associates Ltd.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 340.

#### Lois et règlements cités

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 2, 3, 4, 7a), b), 39, 41(2), (3), 42, 63(1).  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1984] 2 C.F. 799, (1985), 57 N.R. 116, qui a annulé la décision du tribunal d'appel qui avait accueilli l'appel d'une décision d'un tribunal des droits de la personne constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et qui avait renvoyé l'affaire devant ce tribunal. Pourvoi accueilli.

*Michael L. Phelan et K. Scott McLean*, pour l'appelante Bonnie Robichaud.

*Russell Juriansz et James Hendry*, pour l'appelante la Commission canadienne des droits de la personne.

*Graham Garton, c.r.*, pour l'intimée.

The judgment of Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. was delivered by

LA FOREST J.—The issue in this case is whether an employer is responsible for the unauthorized discriminatory acts of its employees in the course of their employment under the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, as amended, as it stood before the enactment in 1983 of ss. 48(5) and (6) of the Act which now deal specifically with the issue; see S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 23.

### Background

The facts, so far as necessary for the disposition of this appeal, may be briefly stated. Mrs. Bonnie Robichaud filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission dated January 26, 1980 that she had been sexually harassed, discriminated against and intimidated by her employer, the Department of National Defence, and that Dennis Brennan, her supervisor, was the person who had sexually harassed her.

Robichaud began employment with the Department of National Defence at the Air Defence Command base in North Bay, Ontario, as a cleaner in 1977. She was later promoted to the position of lead hand effective November 20, 1978, subject to a six-month probationary period lasting until May 20, 1979. Throughout the period, Brennan was Foreman of the Cleaning Department on the Base and had full responsibility for the cleaning operation. He supervised two Area Foremen who in turn supervised the lead hands including Robichaud. Robichaud's Area Foreman assigned her geographic workplace, workload and the cleaning staff she supervised. Brennan had the principal input into the employer's decision with respect to the satisfactory completion of Robichaud's probation period. Brennan was supervised by the Base

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE LA FOREST—La question en litige dans la présente affaire est de savoir si un employeur est responsable des actes discriminatoires accomplis sans autorisation par ses employés dans le cadre de leurs emplois, en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33 et ses modifications, avant l'adoption en 1983 des par. 48(5) et (6) de la Loi, qui traitent maintenant spécifiquement de cette question: voir S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 23.

### Historique

Voici un bref exposé des faits dans la mesure où ils sont nécessaires pour statuer sur le présent pourvoi. Madame Bonnie Robichaud a déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne une plainte en date du 26 janvier 1980, dans laquelle elle alléguait avoir été victime de harcèlement sexuel, de discrimination et d'intimidation de la part de son employeur le ministère de la Défense nationale, et que Dennis Brennan, son surveillant, était la personne qui l'avait harcelée sexuellement.

En 1977, M<sup>me</sup> Robichaud a commencé à travailler comme nettoyeuse pour le ministère de la Défense nationale sur la base du Commandement de la défense aérienne à North Bay (Ontario). Plus tard, elle a été promue au poste de chef d'équipe qu'elle devait occuper à compter du 20 novembre 1978, sous réserve d'une période d'essai de six mois qui prendrait fin le 20 mai 1979. Au cours de cette période, M. Brennan était contremaître du service de nettoyage de la base et était pleinement responsable des travaux de nettoyage. Il avait sous sa surveillance deux contremaîtres de secteur qui, pour leur part, dirigeaient les chefs d'équipe dont M<sup>me</sup> Robichaud. Le contremaître de secteur de M<sup>me</sup> Robichaud déterminait à quel endroit elle devait travailler, fixait sa charge de travail et désignait le personnel dont elle aurait la surveillance. Monsieur Brennan avait voix prépondérante dans la décision de l'employeur de garder ou non M<sup>me</sup> Robichaud après sa période d'essai. Quant à

Administrative Officer and ultimately the Base Commanding Officer.

A Human Rights Tribunal was appointed under s. 39 of the *Canadian Human Rights Act* to inquire into Robichaud's complaint. The Tribunal found that a number of encounters of a sexual nature had occurred between her and Brennan, but dismissed the complaint against Brennan and against the employer. However, an appeal to a Review Tribunal was allowed. The Review Tribunal found that Brennan had sexually harassed Robichaud and that the Department of National Defence was strictly liable for the actions of its supervisory personnel. However, it postponed the assessment of damages until further argument was heard.

Both Brennan and The Queen, as represented by the Treasury Board (for the Department of National Defence), filed applications under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, requesting the Federal Court of Appeal to review and set aside the decision of the Review Tribunal. Both applications were heard at the same time. Brennan's application was dismissed, but that of The Queen was allowed, MacGuigan J. dissenting. The court set aside the decision of the Review Tribunal, and referred the matter back to it on the basis that Robichaud's complaint against the Crown was not sustainable. The latter decision was appealed to this Court.

### Preliminary Observations

As is well-known, the *Canadian Human Rights Act* prohibits discriminatory practices in, among other activities, employment on a number of grounds, including sex (s. 3). Specifically, the present case is alleged to fall under s. 7 of the Act which reads as follows:

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

M. Brennan, il relevait du chef des services administratifs et, en dernière analyse, du commandant de la base.

a Un tribunal des droits de la personne a été constitué, en vertu de l'art. 39 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, pour examiner la plainte de M<sup>me</sup> Robichaud. Ce tribunal a conclu qu'il y avait eu plusieurs rencontres de caractère sexuel entre M<sup>me</sup> Robichaud et M. Brennan, mais il a rejeté la plainte portée contre ce dernier et contre l'employeur. L'appel interjeté devant un tribunal d'appel a été accueilli. Le tribunal d'appel a jugé que M. Brennan avait harcelé sexuellement M<sup>me</sup> Robichaud et que le ministère de la Défense nationale était strictement responsable des actes de son personnel de surveillance. Il a toutefois reporté sa décision sur la question des dommages-intérêts jusqu'à ce que d'autres arguments aient été présentés.

e Monsieur Brennan et la Reine, représentée par le Conseil du Trésor (pour le compte du ministère de la Défense nationale), ont tous les deux demandé à la Cour d'appel fédérale d'examiner et d'annuler la décision du tribunal d'appel, conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10. Les deux demandes ont été entendues simultanément. On a rejeté celle de M. Brennan, mais celle de La Reine a été accueillie, le juge MacGuigan étant dissident. La cour a annulé la décision du tribunal d'appel et a renvoyé l'affaire devant lui pour le motif que la plainte de M<sup>me</sup> Robichaud contre Sa Majesté était sans fondement. Ce dernier arrêt a été porté en appel devant cette Cour.

### Observations préliminaires

i Il est bien connu que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* interdit dans certains domaines, dont celui de l'emploi, les actes discriminatoires fondés notamment sur le sexe (art. 3). Plus précisément, on allègue que la présente affaire relève de l'art. 7 de la Loi, dont voici le texte:

7. Constitue un acte discriminatoire le fait

j a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu, ou

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination. [Emphasis added.]

In this Court, it was not questioned that sexual harassment in the course of employment constituted discrimination on the ground of sex or that the actions of Brennan amounted to sexual harassment. The sole question for this Court, therefore, is whether such actions can be attributed to the employer, here the Crown, to which the Act applies by virtue of s. 63(1).

### Analysis

In the Court of Appeal and in the arguments before this Court, considerable attention was given to various theories supporting the liability of an employer for the acts of its employees, such as vicarious liability in tort and strict liability in the quasi-criminal context. As Thurlow C.J. notes, however, the place to start is necessarily the Act, the words of which, like those of other statutes, must be read in light of its nature and purpose.

The purpose of the Act is set forth in s. 2 as being to extend the laws of Canada to give effect to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to live his or her own life without being hindered by discriminatory practices based on certain prohibited grounds of discrimination, including discrimination on the ground of sex. As McIntyre J., speaking for this Court, recently explained in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, the Act must be so interpreted as to advance the broad policy considerations underlying it. That task should not be approached in a niggardly fashion but in a manner befitting the special nature of the legislation, which he described as "not quite constitutional"; see also *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, per Lamer J., at pp. 157-58. By this expression, it is not suggested, of course, that the Act is somehow entrenched but rather that it

b) de défavoriser un employé,

directement ou indirectement, pour un motif de distinction illicite. [Je souligne.]

<sup>a</sup> En cette Cour, on n'a pas contesté que le harcèlement sexuel commis dans le cadre d'un emploi constitue de la discrimination fondée sur le sexe ni que les actes de M. Brennan constituaient du harcèlement sexuel. La seule question qui se pose à cette Cour est donc de savoir si ces actes peuvent être imputés à l'employeur, en l'occurrence Sa Majesté à qui la Loi s'applique en vertu du par. 63(1).

### Analyse

<sup>d</sup> En Cour d'appel et dans les plaidoiries devant cette Cour, on s'est beaucoup attardé sur les différentes théories, telles la responsabilité du fait d'autrui en matière délictuelle et la responsabilité stricte en matière quasi criminelle, selon lesquelles l'employeur est responsable des actes de ses employés. Cependant, comme le fait remarquer le juge en chef Thurlow, il faut nécessairement prendre comme point de départ la Loi elle-même dont le texte, à l'instar de celui des autres lois, doit être interprété en fonction de sa nature et de son objet.

<sup>f</sup> Suivant son art. 2, la Loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet au principe selon lequel tous ont droit à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment de motifs de distinction illicites dont ceux fondés sur le sexe. Comme le juge McIntyre l'a expliqué récemment, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, on doit interpréter la Loi de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui la sous-tendent. Il s'agit là d'une tâche qui devrait être abordée non pas parcimonieusement mais d'une manière qui tienne compte de la nature spéciale d'une telle loi dont le juge McIntyre a dit qu'elle «n'est pas vraiment de nature constitutionnelle»; voir également *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, le juge Lamer, aux pp. 157 et 158. Bien sûr, ce que laisse entendre cette expression n'est pas que la loi en cause est en quelque

incorporates certain basic goals of our society. More recently still, Dickson C.J. in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* (the *Action Travail des Femmes* case), [1987] 1 S.C.R. 1114, emphasized that the rights enunciated in the Act must be given full recognition and effect consistent with the dictates of the *Interpretation Act* that statutes must be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure the attainment of their objects.

It is worth repeating that by its very words, the Act (s. 2) seeks "to give effect" to the principle of equal opportunity for individuals by eradicating invidious discrimination. It is not primarily aimed at punishing those who discriminate. McIntyre J. puts the same thought in these words in *O'Malley* at p. 547:

The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator, but rather to provide relief for the victims of discrimination. It is the result or the effect of the action complained of which is significant.

Since the Act is essentially concerned with the removal of discrimination, as opposed to punishing anti-social behaviour, it follows that the motives or intention of those who discriminate are not central to its concerns. Rather, the Act is directed to redressing socially undesirable conditions quite apart from the reasons for their existence. *O'Malley* makes it clear that "an intention to discriminate is not a necessary element of the discrimination generally forbidden in Canadian human rights legislation" (at p. 547). This legislation creates what are "essentially civil remedies" (p. 549). McIntyre J. there explains that to require intention would make the Act unworkable. He has this to say at p. 549:

To take the narrower view and hold that intent is a required element of discrimination under the Code would seem to me to place a virtually insuperable barrier

sorte enchâssée dans la Constitution, mais plutôt qu'elle exprime certains objectifs fondamentaux de notre société. Plus récemment encore, dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (l'arrêt *Action Travail des Femmes*), [1987] 1 R.C.S. 1114, le juge en chef Dickson a souligné la nécessité de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits énoncés dans ladite loi, conformément à la *Loi d'interprétation* qui exige que les lois soient interprétées de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

Il vaut la peine de répéter que, de par son texte même, la Loi (à l'art. 2) vise à «donner effet» au principe de l'égalité des chances pour tous en supprimant les distinctions injustes. Son but premier n'est pas de punir ceux qui pratiquent la discrimination. À la page 547 de l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre exprime la même idée en ces termes:

Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination. C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe.

Puisque la Loi s'attache essentiellement à l'élimination de toute discrimination plutôt qu'à la punition d'une conduite antisociale, il s'ensuit que les motifs ou les intentions des auteurs d'actes discriminatoires ne constituent pas une des préoccupations majeures du législateur. Au contraire, la Loi vise à remédier à des conditions socialement peu souhaitables, et ce, sans égard aux raisons de leur existence. Il se dégage nettement de l'arrêt *O'Malley* que «l'intention d'établir une distinction n'est pas un élément essentiel de la discrimination qui est généralement interdite dans les lois canadiennes sur les droits de la personne» (à la p. 547). Ces lois créent «essentiellement de[s] voies de recours civiles» (à la p. 549). Comme l'explique le juge McIntyre, exiger qu'il y ait intention aurait pour effet de rendre la Loi inapplicable. Voici ce qu'il affirme, à la p. 549:

Adopter un point de vue plus étroit pour conclure que l'intention constitue un élément nécessaire de la discrimination en vertu du Code serait, me semble-t-il, élever

er in the way of a complainant seeking a remedy. It would be extremely difficult in most circumstances to prove motive, and motive would be easy to cloak in the formation of rules which, though imposing equal standards, could create, as in *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), injustice and discrimination by the equal treatment of those who are unequal (*Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), at p. 184).

The foregoing remarks were made in the context of a provincial human rights code, but they are equally applicable to the federal Act; see *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, at p. 586, per McIntyre J. In the latter case, similar views to those of McIntyre J. in *O'Malley* were expressed, albeit in dissent, by Dickson C.J., at pp. 569 and 571. The same approach is again inherent in the Chief Justice's judgment in *Canadian National Railway Co. (Action Travail des Femmes)*, *supra*.

The interpretative principles I have set forth seem to me to be largely dispositive of this case. To begin with, they dispose of the argument that one should have reference to theories of employer liability developed in the context of criminal or quasi-criminal conduct. These are completely beside the point as being fault oriented, for, as we saw, the central purpose of a human rights Act is remedial—to eradicate anti-social conditions without regard to the motives or intention of those who cause them.

The last observation also goes some way towards disposing of the theory that the liability of an employer ought to be based on vicarious liability developed under the law of tort. On this issue, counsel for the Crown placed considerable reliance on the requirement in s. 7(b) that the act complained of must have been done in the course of employment. It is clear, however, that that limitation, as developed under the doctrine of vicarious liability in tort cannot meaningfully be applied to the present statutory scheme. For in torts what is

une barrière pratiquement insurmontable pour le plaignant qui demande réparation. Il serait extrêmement difficile dans la plupart des cas de prouver le mobile et il serait facile de camoufler ce mobile en formulant des règles qui, tout en imposant des normes d'égalité, créeraient, comme dans l'affaire *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), des injustices et de la discrimination en traitant également ceux qui sont inégaux (*Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), à la p. 184).

<sup>b</sup> Les observations qui précèdent ont été faites relativement à un code provincial des droits de la personne, mais elles s'appliquent tout aussi bien à la loi fédérale: voir *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, à la p. 586, le juge McIntyre. Dans ce dernier arrêt, un point de vue semblable à celui du juge McIntyre dans l'arrêt *O'Malley* est exprimé, quoique dans des motifs de dissidence, par le juge en chef Dickson, aux pp. 569 et 571. Le même point de vue est également inhérent aux motifs rédigés par le Juge en chef dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (Action Travail des Femmes)*, précité.

<sup>e</sup> Les principes d'interprétation que j'ai énoncés me semblent largement décisifs en l'espèce. Pour commencer, ils réfutent l'argument voulant qu'on doive se reporter à des théories de la responsabilité de l'employeur qui ont été établies à l'égard d'une conduite criminelle ou quasi criminelle. Ces théories, étant axées sur la faute, n'ont absolument aucune pertinence en l'espèce, car, comme nous l'avons vu, une loi relative aux droits de la personne a un but essentiellement réparateur qui consiste à éliminer des conditions antisociales sans égards aux motifs ou intentions de ceux qui en sont à l'origine.

<sup>h</sup> Cette dernière observation contribue également en quelque sorte à écarter la thèse selon laquelle la responsabilité d'un employeur devrait reposer sur la notion de la responsabilité du fait d'autrui en matière délictuelle. À ce sujet, l'avocat de Sa Majesté a beaucoup insisté sur l'exigence de l'al. 7(b), selon laquelle l'acte reproché doit avoir été accompli dans le cadre de l'emploi. Toutefois, il est clair que cette limite, fixée en vertu du principe de la responsabilité du fait d'autrui en matière délictuelle, ne peut pas être appliquée d'une manière

aimed at are activities somehow done within the confines of the job a person is engaged to do, not something, like sexual harassment, that is not really referable to what he or she was employed to do. The purpose of the legislation is to remove certain undesirable conditions, in this context in the workplace, and it would seem odd if under s. 7(a) an employer would be liable for sexual harassment engaged in by an employee in the course of hiring a person, but not be liable when that employee does so in the course of supervising another employee, particularly an employee on probation. It would appear more sensible and more consonant with the purpose of the Act to interpret the phrase "in the course of employment" as meaning work- or job-related, especially when that phrase is prefaced by the words "directly or indirectly". Interestingly, in adding "physical handicap" as a prohibited ground of discrimination in the workplace (s. 3), the phrase used is "in matters related to employment".

Any doubt that might exist on the point is completely removed by the nature of the remedies provided to effect the principles and policies set forth in the Act. This is all the more significant because the Act, we saw, is not aimed at determining fault or punishing conduct. It is remedial. Its aim is to identify and eliminate discrimination. If this is to be done, then the remedies must be effective, consistent with the "almost constitutional" nature of the rights protected.

What then are the remedies provided by the Act? Section 4, after providing that a discriminatory practice may be the subject of a complaint under the Act, goes on to say that anyone who is found to be engaging or to have engaged in such a practice may be made subject to an order under ss. 41 and 42. Subsections 41(2) and (3) are particularly relevant; they read as follows:

significative au présent régime législatif. Car en matière délictuelle, ce qui est visé ce sont les actes qu'une personne accomplit de quelque manière dans l'exercice des fonctions pour lesquelles elle a été engagée et non pas quelque chose, comme le harcèlement sexuel, qui n'a vraiment rien à voir avec le travail pour lequel la personne a été embauchée. La Loi a pour objet de supprimer certaines conditions peu souhaitables qui, en l'es-  
pèce, ont cours dans le milieu de travail, et il semblerait étrange qu'en vertu de l'al. 7a) un employeur soit responsable du harcèlement sexuel auquel se livre un employé lors de l'embauchage d'une personne, sans que sa responsabilité ne soit engagée lorsque cet employé agit ainsi dans le cadre de la surveillance d'un autre employé, en particulier un employé stagiaire. Il semblerait plus raisonnable et plus conforme à l'objet de la Loi d'interpréter l'expression «*in the course of employment*» que l'on trouve dans le texte anglais de l'article, comme signifiant «*relié aux fonctions ou à l'emploi*», surtout quand cette expression est précédée par les mots «*directly or indirectly*» («*directement ou indirectement*»). Fait intéressant, en interdisant en milieu de travail la discrimination fondée sur «*un handicap physique*» (art. 3), le législateur a utilisé l'expression «*en matière d'emploi*».

Tout doute qui pourrait subsister à cet égard est complètement dissipé par la nature des redressements prévus pour donner effet aux principes et aux politiques énoncés dans la Loi. Cela est d'autant plus révélateur que la Loi, nous l'avons vu, ne vise pas à déterminer la faute ni à punir une conduite. Elle est de nature réparatrice. Elle vise à déceler les actes discriminatoires et à les supprimer. Pour ce faire, il faut que les redressements soient efficaces et compatibles avec la nature «*quasi constitutionnelle*» des droits protégés.

Quels sont donc les redressements prévus par la Loi? L'article 4 dispose qu'un acte discriminatoire peut faire l'objet d'une plainte en vertu de la Loi, puis ajoute que toute personne reconnue coupable d'un tel acte peut faire l'objet des ordonnances prévues aux art. 41 et 42. Les paragraphes 41(2) et (3) sont particulièrement pertinents; ils sont ainsi conçus:



41. ...

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, subject to subsection (4) and section 42, it may make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in such order any of the following terms that it considers appropriate:

(a) that such person cease such discriminatory practice and, in consultation with the Commission on the general purposes thereof, take measures, including adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 15(1), to prevent the same or a similar practice occurring in the future;

(b) that such person make available to the victim of the discriminatory practice on the first reasonable occasion such rights, opportunities or privileges as, in the opinion of the Tribunal, are being or were denied the victim as a result of the practice;

(c) that such person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all of the wages that the victim was deprived of and any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

(d) that such person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all additional cost of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice.

(3) In addition to any order that the Tribunal may make pursuant to subsection (2), if the Tribunal finds that

(a) a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice wilfully or recklessly, or

(b) the victim of the discriminatory practice has suffered in respect of feelings or self-respect as a result of the practice,

the Tribunal may order the person to pay such compensation to the victim, not exceeding five thousand dollars, as the Tribunal may determine. [Emphasis added.]

It is clear to me that the remedial objectives of the Act would be stultified if the above remedies were not available as against the employer. As MacGuigan J. observed in the Court of Appeal, [1984] 2 F.C. 799, at p. 845:

The broad remedies provided by section 41, the general necessity for effective follow-up, including the cessation of the discriminatory practice, imply a similar responsibility on the part of the employer. That is most

41. ...

(2) À l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l'article 42, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire

a) de mettre fin à l'acte et de prendre des mesures destinées à prévenir les actes semblables, et ce, en consultation avec la Commission relativement à l'objet général de ces mesures; celles-ci peuvent comprendre l'adoption d'une proposition relative à des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux visés au paragraphe 15(1);

b) d'accorder à la victime, à la première occasion raisonnable, les droits, chances ou avantages dont, de l'avis du tribunal, l'acte l'a privée;

c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il juge indiquée, des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte; et

d) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il fixe, des frais supplémentaires causés, pour recourir à d'autres biens, services, installations ou moyens d'hébergement, et des dépenses entraînées par l'acte.

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le tribunal, ayant conclu

a) que la personne a commis l'acte discriminatoire de propos délibéré ou avec négligence, ou

b) que la victime a souffert un préjudice moral par suite de l'acte discriminatoire,

peut ordonner à la personne de payer à la victime une indemnité maximale de cinq mille dollars. [Je souligne.]

Il me paraît évident que les objectifs réparateurs de la Loi perdraient toute leur valeur si les redressements énumérés ci-dessus ne pouvaient pas être obtenus contre l'employeur. Comme l'a fait remarquer le juge MacGuigan en Cour d'appel, [1984] 2 C.F. 799, à la p. 845:

Les mesures de redressement étendues que prévoit l'article 41 et, de façon générale, la nécessité d'assurer un suivi et de mettre fin aux actes discriminatoires, supposent une responsabilité semblable de la part de

clearly the case with respect to the requirement in paragraph 41(2)(a) that the person against whom an order is made "take measures, including the adoption of a special program, plan or arrangement . . . to prevent the same or a similar practice occurring in the future". Only an employer could fulfil such a mandate.

MacGuigan J.'s comment equally applies to an order to make available the rights denied to the victims under para. (b). Who but the employer could order reinstatement? This is true as well of para. (c) which provides for compensation for lost wages and expenses. Indeed, if the Act is concerned with the effects of discrimination rather than its causes (or motivations), it must be admitted that only an employer can remedy undesirable effects; only an employer can provide the most important remedy—a healthy work environment. The legislative emphasis on prevention and elimination of undesirable conditions, rather than on fault, moral responsibility and punishment, argues for making the Act's carefully crafted remedies effective. It indicates that the intention of the employer is irrelevant, at least for purposes of s. 41(2). Indeed, it is significant that s. 41(3) provides for additional remedies in circumstances where the discrimination was reckless or wilful (i.e., intentional). In short, I have no doubt that if the Act is to achieve its purpose, the Commission must be empowered to strike at the heart of the problem, to prevent its recurrence and to require that steps be taken to enhance the work environment.

Not only would the remedial objectives of the Act be stultified if a narrower scheme of liability were fashioned; the educational objectives it embodies would concomitantly be vitiated. If, as was suggested by the Court of Appeal, society must wait for a Minister (who is already subject to public scrutiny) to discriminate before the Act comes into operation, how effective can the educational function of the Act be? More importantly, the interpretation I have proposed makes

l'employeur. Cela ressort nettement de l'alinéa 41(2)a) qui exige de la personne trouvée coupable de l'acte discriminatoire «de prendre des mesures destinées à prévenir les actes semblables . . . celles-ci peuvent comprendre l'adoption d'une proposition relative à des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux». Seul un employeur peut remplir un tel mandat.

La remarque du juge MacGuigan s'applique également à une ordonnance, rendue en vertu de l'al. b), enjoignant d'accorder à la victime les droits dont elle a été privée. Qui d'autre que l'employeur pouvait ordonner la réintégration? Il en va de même de l'al. c) qui prescrit l'indemnisation pour les pertes de salaire et les dépenses. En fait, si la Loi s'intéresse aux effets de la discrimination plutôt qu'à ses causes (ou motifs qui la sous-tendent), force est de reconnaître que seul l'employeur peut remédier à des effets peu souhaitables; seul l'employeur est en mesure de fournir le redressement le plus important, celui d'un milieu de travail sain. La Loi met l'accent sur la prévention et l'élimination de conditions peu souhaitables plutôt que sur la faute, la responsabilité morale et la punition, c'est pourquoi il convient d'assurer l'efficacité des redressements soigneusement conçus par le législateur. Cela indique que l'intention de l'employeur n'est pas pertinente, du moins aux fins du par. 41(2). Il importe d'ailleurs de souligner que le par. 41(3) prévoit des redressements supplémentaires pour le cas où l'acte discriminatoire a été commis avec négligence ou de propos délibéré (c.-à-d. intentionnellement). Bref, je suis convaincu que l'objet de la Loi ne peut être atteint que si la Commission est investie du pouvoir de s'attaquer au cœur du problème, d'empêcher qu'il ne se pose de nouveau et d'exiger que des mesures soient prises pour améliorer le milieu de travail.

La conception d'un régime de responsabilité plus restreint aurait pour effet non seulement de faire perdre toute valeur aux objectifs réparateurs de la Loi, mais en même temps d'annuler les objets éducatifs qu'elle comporte. Si, comme l'a laissé entendre la Cour d'appel, la société doit attendre qu'un ministre (qui est déjà soumis à un contrôle public) commette un acte discriminatoire pour que la Loi s'applique, alors jusqu'à quel point sa fonction éducative peut-elle être efficace? Qui plus est,

education begin in the workplace, in the micro-democracy of the work environment, rather than in society at large.

Hence, I would conclude that the statute contemplates the imposition of liability on employers for all acts of their employees "in the course of employment", interpreted in the purposive fashion outlined earlier as being in some way related or associated with the employment. It is unnecessary to attach any label to this type of liability; it is purely statutory. However, it serves a purpose somewhat similar to that of vicarious liability in tort, by placing responsibility for an organization on those who control it and are in a position to take effective remedial action to remove undesirable conditions. I agree with the following remarks of Marshall J., who was joined by Brennan, Blackmun and Stevens JJ., in his concurring opinion in the United States Supreme Court decision in *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 106 S.Ct. 2399 (1986), at pp. 2410-11 concerning sexual discrimination by supervisory personnel:

An employer can act only through individual supervisors and employees; discrimination is rarely carried out pursuant to a formal vote of a corporation's board of directors. Although an employer may sometimes adopt company-wide discriminatory policies violative of Title VII, acts that may constitute Title VII violations are generally effected through the actions of individuals, and often an individual may take such a step even in defiance of company policy. Nonetheless, Title VII remedies, such as reinstatement and backpay, generally run against the employer as an entity.

A supervisor's responsibilities do not begin and end with the power to hire, fire, and discipline employees, or

selon l'interprétation que je viens de proposer, l'éducation des gens doit commencer à se faire sur les lieux de travail, dans cette micro démocratie que constitue le milieu de travail, plutôt que dans la société en général.

En conséquence, je suis d'avis de conclure que la Loi envisage de rendre les employeurs responsables de tous les actes accomplis par leurs employés «dans le cadre de leurs emplois» («*in the course of employment*»), en interprétant cette dernière expression en fonction de l'objet de la Loi, c'est-à-dire comme signifiant «reliés de quelque manière à l'emploi». Il s'agit là d'un type de responsabilité qui se passe de tout qualificatif et qui découle purement et simplement de la loi. Toutefois, cette responsabilité répond à un objectif quelque peu semblable à celui de la responsabilité du fait d'autrui en matière délictuelle, du fait qu'elle impose la responsabilité d'un organisme à ceux qui en ont le contrôle et qui peuvent prendre des mesures réparatrices efficaces en vue d'éliminer les conditions peu souhaitables qui peuvent exister. Je souscris aux observations suivantes concernant la discrimination fondée sur le sexe pratiquée par le personnel de surveillance, qu'a faites le juge Marshall de la Cour suprême des États-Unis, en son propre nom et en celui des juges Brennan, Blackmun et Stevens, dans les motifs concordants qu'il a rédigés dans l'affaire *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson*, 106 S.Ct. 2399 (1986), aux pp. 2410 et 2411:

[TRADUCTION] Un employeur ne peut agir que par l'intermédiaire de chaque surveillant et employé et il est rare que la discrimination se fasse en application d'une politique dûment votée par le conseil d'administration d'une compagnie. Bien qu'un employeur puisse parfois adopter des politiques discriminatoires, applicables à l'ensemble de l'entreprise, qui vont à l'encontre du titre VII, les actes qui peuvent constituer des violations de ce titre sont généralement accomplis par des individus et il arrive souvent qu'un individu prenne une telle mesure même au mépris de la politique établie par la compagnie. Néanmoins, les redressements prévus par le titre VII, tels que la réintégration et le paiement d'un rappel de salaire, jouent en règle générale contre l'employeur en tant qu'entité.

Les responsabilités d'un surveillant ne se limitent pas au pouvoir d'embaucher et de renvoyer des employés et

with the power to recommend such actions. Rather, a supervisor is charged with the day-to-day supervision of the work environment and with ensuring a safe, productive, workplace. There is no reason why abuse of the latter authority should have different consequences than abuse of the former. In both cases it is the authority vested in the supervisor by the employer that enables him to commit the wrong: it is precisely because the supervisor is understood to be clothed with the employer's authority that he is able to impose unwelcome sexual conduct on subordinates.

In the light of these conclusions, it is unnecessary for me to examine the allegations that the Crown would, in any event, be directly liable for management's failure to adequately investigate Robichaud's complaints, thereby perpetuating the poisoned work environment. At all events, this, too, involves the acts of employees.

I should perhaps add that while the conduct of an employer is theoretically irrelevant to the imposition of liability in a case like this, it may nonetheless have important practical implications for the employer. Its conduct may preclude or render redundant many of the contemplated remedies. For example, an employer who responds quickly and effectively to a complaint by instituting a scheme to remedy and prevent recurrence will not be liable to the same extent, if at all, as an employer who fails to adopt such steps. These matters, however, go to remedial consequences, not liability.

Finally, it was argued that the Act, as it existed when the incidents complained of occurred, should be interpreted so as to conform to s. 48(5) and (6) enacted in 1983. These expressly impose liability upon an organization for the conduct of its employees, subject to a defence of due diligence on its part. I do not see the relevance of these provisions to the pre-existing situation. They were obvi-

de leur imposer des mesures disciplinaires ni au pouvoir de recommander de tels mesures. Sa tâche consiste plutôt à s'occuper de la surveillance quotidienne du milieu de travail afin d'en assurer la sécurité et la productivité. Il n'y a aucune raison pour laquelle l'abus de ce dernier pouvoir devrait avoir des conséquences différentes de celles qu'entraîne l'abus du premier. Dans les deux cas, c'est le pouvoir conféré au surveillant par l'employeur qui lui permet de commettre l'acte répréhensible: c'est précisément parce que le surveillant est considéré comme investi de l'autorité de l'employeur qu'il est en mesure d'imposer à ses subordonnés une conduite sexuelle à laquelle ces derniers ne souhaitent pas se prêter.

Compte tenu de ces conclusions, je n'ai pas à me pencher sur les allégations portant que Sa Majesté serait, en tout état de cause, directement responsable de l'omission des gestionnaires d'enquêter adéquatement sur les plaintes de M<sup>me</sup> Robichaud, laquelle omission a eu pour effet de maintenir une atmosphère de travail empoisonnée. De toute façon, il s'agit dans ce cas aussi d'actes accomplis par des employés.

Je devrais peut-être ajouter que, si la conduite de l'employeur n'a théoriquement rien à voir avec l'imputation de la responsabilité dans un cas comme celui-ci, elle est tout de même susceptible d'avoir des conséquences importantes pour lui sur le plan pratique. Sa conduite peut avoir pour effet d'exclure un bon nombre des redressements prévus ou de les rendre superfétatoires. Par exemple, un employeur qui, devant une plainte, réagit promptement et efficacement en établissant un plan destiné à remédier à la situation et à empêcher qu'elle ne se reproduise ne sera pas responsable dans la même mesure, si jamais il l'est vraiment, qu'un employeur qui n'adopte pas de telles mesures. Ces questions concernent cependant les conséquences en matière de redressement et non pas la responsabilité.

On a soutenu en dernier lieu que la Loi, telle qu'elle se présentait à l'époque des incidents reprochés, devrait s'interpréter d'une manière conforme aux par. 48(5) et (6) adoptés en 1983. Ces dispositions rendent expressément un organisme responsable de la conduite de ses employés, sous réserve de la possibilité d'invoquer comme moyen de défense qu'il avait pris toutes les mesures nécessai-

ously enacted to redress the prevalent approach of the courts (see, for example, *Re Nelson and Byron Price & Associates Ltd.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 340 (B.C.C.A.)) In subsequently taking legislative action to correct this approach, Parliament was free to adjust liability in any way it wished, whether by imposing a greater or lesser burden on an employer than would have been the case before the amendments. Precisely what balance was achieved by these new provisions, I need not consider. They do not operate retrospectively and all we are concerned with here is the law as it existed when the activities complained against took place.

Finally, we were advised that a settlement has been reached with Mrs. Robichaud, but this may not provide a full corrective to the problem identified.

#### Disposition

For these reasons, I would allow the appeal, reverse the decision of the Federal Court of Appeal and restore the decision of the Review Tribunal.

The following are the reasons delivered by

LE DAIN J.—I agree that the appeal should be allowed for the reasons given by Justice La Forest. As held by the majority in the Federal Court of Appeal, the Act contemplates in ss. 4 and 41(2) that relief will be available against the person found to be engaging or to have engaged in a discriminatory practice, but I think it is an implication of the word “indirectly” in s. 7 and the nature of the relief available under s. 41(2) that a discriminatory practice by an employee is to be considered to be a discriminatory practice by the employer as well, whether or not authorized or intended by the latter.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant Bonnie Robichaud: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.*

res pour empêcher cette conduite. Je ne vois pas en quoi ces paragraphes peuvent être pertinents en ce qui concerne la situation préexistante. De toute évidence, ils ont été adoptés pour renverser le point de vue jurisprudentiel dominant (voir, par exemple, *Re Nelson and Byron Price & Associates Ltd.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 340 (C.A.C.-B.)) En prenant par la suite des mesures législatives destinées à corriger ce point de vue, le législateur était libre d'imputer la responsabilité comme bon lui semblait en imposant à l'employeur une responsabilité plus ou moins lourde que ce n'aurait été le cas avant les modifications. Il ne m'est pas nécessaire d'examiner la nature précise de l'équilibre établi par ces nouvelles dispositions. Elles ne s'appliquent pas rétroactivement et tout ce qui nous intéresse ici c'est la Loi telle qu'elle se présentait lorsque les actes reprochés ont été accomplis.

Finalemment, on nous a avisé qu'un règlement est intervenu avec M<sup>me</sup> Robichaud, mais il se peut que cela ne résolve pas entièrement le problème décelé.

#### Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision du tribunal d'appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LE DAIN—Je suis d'accord pour dire que le pourvoi doit être accueilli pour les motifs donnés par le juge La Forest. Comme l'a conclu la Cour d'appel fédérale à la majorité, la Loi envisage, à l'art. 4 et au par. 41(2), qu'un redressement peut être obtenu contre la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire, mais j'estime qu'il ressort implicitement du mot «indirectement» à l'art. 7 et de la nature du redressement qui peut être obtenu en vertu du par. 41(2) que l'acte discriminatoire d'un employé doit être aussi considéré comme l'acte discriminatoire de l'employeur, qu'il ait été ou non autorisé ou voulu par ce dernier.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante Bonnie Robichaud: Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa.*

*Solicitors for the appellant the Canadian Human Rights Commission: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.*

*Procureurs de l'appelante la Commission canadienne des droits de la personne: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.*

**Richard Hugh Frame** *Appellant*

v.

**Eleanor Margaret Smith and Johnston Smith** *Respondents*

INDEXED AS: FRAME v. SMITH

File No.: 18164.

1986: March 20; 1987: September 17.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Practice — Motion to strike — Family law — Appellant (a non-custodial parent) deliberately denied access to children notwithstanding court orders specifying access — Respondents' conduct resulting in appellant's incurring considerable expense and undergoing severe emotional and psychic stress — Whether or not appellant has a right of action based on respondents' interference with his legal right of access to his children — Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, s. 69(4) — Children's Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 68 (as am.), ss. 19(a), (d), 24, 35, 36, 37(1), (2), (5), 38, 39, 40 — Ontario Rules of Practice, Rule 126.*

*Family law — Custody and access — Non-custodial parent deliberately denied access to children notwithstanding court orders specifying access — Denial of access resulting in appellant's incurring considerable expense and undergoing severe emotional and psychic stress — Whether or not appellant has a right of action based on respondents' interference with his legal right of access to his children.*

Richard Frame and Eleanor Smith had three children during their marriage. After their separation, the wife was granted custody, with generous visiting privileges to the husband, and more specific orders of access were later issued. The husband maintains that his former wife did everything in her power to frustrate his access to the children: she moved to distant cities without notification, changed the children's surname and religion, told them that the appellant was not their father, forbade telephone conversation with him, and intercepted his letters to them. The husband alleges he has undergone considerable expense and has suffered severe emotional and psychic distress because of this conduct and claims damages from respondents flowing from their wrongful

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

**Richard Hugh Frame** *Appellant*

c.

**Eleanor Margaret Smith et Johnston Smith***a Intimés*

RÉPERTORIÉ: FRAME c. SMITH

N° du greffe: 18164.

*b* 1986: 20 mars; 1987: 17 septembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Wilson et La Forest.

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

*c*

*Pratique — Requête en radiation — Droit de la famille — Refus délibéré à l'appellant (un parent non gardien) du droit de visite à l'égard de ses enfants malgré des ordonnances du tribunal à cet effet — Conduite des intimés causant à l'appellant des frais considérables et un grave stress émotionnel et psychique — L'appellant a-t-il un droit d'action fondé sur l'ingérence des intimés dans son droit légal de visite à l'égard de ses enfants? — Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 69(4) — Loi portant réforme du droit de l'enfance, L.R.O. 1980, chap. 68 (mod.), art. 19a), d), 24, 35, 36, 37(1), (2), (5), 38, 39, 40 — Règles de pratique de l'Ontario, art. 126.*

*f Droit de la famille — Garde et droit de visite — Refus délibéré au parent non gardien du droit de visite à l'égard de ses enfants malgré les ordonnances du tribunal à cet effet — Refus du droit de visite causant à l'appellant des frais considérables et un grave stress émotionnel et psychique — L'appellant a-t-il un droit d'action fondé sur l'ingérence des intimés dans son droit légal de visite à l'égard de ses enfants?*

*h Richard Frame et Eleanor Smith ont eu trois enfants au cours de leur mariage. Après leur séparation, l'épouse a obtenu la garde des enfants, avec de généreux privilèges de visite pour le mari et, par la suite, des ordonnances plus précises sur le droit de visite ont été rendues. Le mari soutient que son ex-épouse a tout fait en son pouvoir pour le frustrer de son droit de visite à l'égard des enfants: elle a déménagé dans des villes éloignées sans l'avertir, elle a changé le nom et la religion des enfants, elle leur a dit que l'appellant n'était pas leur père, elle leur a interdit de lui parler au téléphone et a intercepté les lettres qu'il leur avait envoyées. Le mari soutient qu'il a engagé des frais importants et a subi un grave stress émotionnel et psychique en raison de cette*

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

interference with the legal relationship he had with his children.

An application to strike was granted, and was upheld on appeal. At issue here is whether the appellant has a right of action against his former spouse and her present husband for interfering with his access to his children.

*Held* (Wilson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer and La Forest JJ.: No tort action exists. The old actions of enticement, harbouring, seduction or loss of services that gave some protection to a father's interest in his children, and which all had a distinctly pecuniary flavour, have now been abolished in Ontario by the *Family Law Reform Act*. This Court found the tort of alienation of affection of a spouse did not exist in Canada; such domestic matters lie outside the realm of the law altogether. Applying the tort of conspiracy here would bring about serious disadvantages and run afoul of this Court's opinion discouraging its extension. A parent probably had no right of access at common law (as opposed to custody) upon which an action could be grounded. There is no pecuniary interest involved here, and in any event, any possible interest is akin to that which would have been protected by the rejected tort of alienation of affections.

Any possible judicial initiative has been overtaken by legislative action. The Legislature intended to devise a comprehensive scheme for dealing with the issues of family breakdown and of custody and access to the children. If it had contemplated additional support by civil action, it would have made provision for this, especially given the rudimentary state of the common law. What the present action appears to contemplate is the enforcement of an order made by virtue of a statutory discretion by means of a civil action rather than by means of the remedies provided by the Act. There is no need today to supplement legislative action in this way. Indeed, to do so may well do violence to the comprehensive statutory scheme provided by the Legislature.

A breach of the statutorily authorized order in the present case cannot give rise to a fiduciary relationship on which a cause of action can be grounded. All the reasons for not permitting a tort action apply equally to an action for the breach of such an obligation. Then, too, this course of action is extremely ill-defined and

conduite et réclame des dommages-intérêts des intimés pour leur ingérence illégale dans le rapport juridique qu'il avait avec ses enfants.

La requête en radiation a été accordée et maintenue en appel. La question posée en l'espèce est de savoir si l'appellant avait un droit d'action contre son ex-épouse et son mari actuel en raison de l'ingérence dans son droit de visite à l'égard de ses enfants.

*Arrêt* (le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer et La Forest: Il n'existe pas d'action en responsabilité délictuelle. Les anciennes actions fondées sur l'entraînement, le recel, la séduction ou la perte des services qui accordaient autrefois une certaine protection à l'intérêt d'un père à l'égard de ses enfants et qui avaient une connotation particulièrement pécuniaire ont été abolies en Ontario par la *Loi portant réforme du droit de la famille*. Cette Cour a statué que le détournement d'affection d'un conjoint n'existait pas au Canada; de telles affaires familiales ne relèvent absolument pas du droit. L'application du délit civil de complot en l'espèce comporterait de graves inconvénients et serait contraire à l'opinion de cette Cour décourageant son extension. Un parent n'a probablement aucun droit de visite fondé sur la *common law* (par opposition au droit de garde) qui puisse servir de fondement à une action. Il n'y a en l'espèce aucun intérêt pécuniaire et, quoi qu'il en soit, tout intérêt éventuel est très voisin de celui qu'aurait protégé le délit civil de détournement d'affection qui a été supprimé.

Le législateur a pris les devants sur toute initiative judiciaire éventuelle. Le législateur a voulu créer un régime détaillé pour régler les problèmes de rupture familiale, de la garde des enfants et du droit de leur rendre visite. S'il avait envisagé l'appui supplémentaire d'une action civile, il l'aurait prévue, surtout étant donné l'état rudimentaire de la *common law*. La présente action paraît envisager la mise à exécution d'une ordonnance rendue en vertu d'un pouvoir discrétionnaire accordé par la Loi, au moyen d'une action civile plutôt qu'au moyen des redressements prévus par la Loi. Point n'est besoin aujourd'hui de compléter les mesures législatives de cette façon. En fait, cela pourrait bien porter atteinte au régime complet prévu par le législateur.

Une violation de l'ordonnance autorisée par la loi en l'espèce ne peut donner naissance à des rapports fiduciaires qui puissent fonder une cause d'action. Tous les motifs pour écarter une action délictuelle s'appliquent également à une action pour la violation d'une telle obligation. En outre, ce recours est extrêmement mal



precision virtually impossible. The uncertainties surrounding this amorphous remedy have the potential to generate pyrrhic, excessive and often needless litigation. Permitting civil actions against the custodial parents cannot be said with any certainty to be in the best interests of the child, whether this be by creating a tort or by recognizing a fiduciary relationship arising out of a court order. Like the resort to fines and imprisonment permitted by the Act, these proposed remedies could encroach on the resources of the custodial parent and could cause the child to suffer from the knowledge that one parent has taken such drastic action against the other.

*Per Wilson J. (dissenting):* The facts as pleaded in the statement of claim, if proved, would not give rise to a cause of action based on the torts of conspiracy, intentional infliction of mental suffering, and unlawful interference with another's relationship, or on a right at common law of access to children but they would give rise to a cause of action for breach of fiduciary duty.

The torts of conspiracy, intentional infliction of mental suffering and of unlawful interference with another's relationship should not extend to the family law situation, notwithstanding the fact that the threshold circumstances necessary to them existed. Each of these torts have particularities discouraging their extension into this area but the common denominator was that their extension would not be in the best interests of the children. Little would be achieved towards encouraging the maintenance and development of the relationship between both parents and the children. Rather, their extension into this area of family law would create legal conditions tailor-made for abuse, with the potential for petty and spiteful litigation and for extortionate and vindictive behaviour.

Appellant cannot rely on the common law as the source of his right of access. He must rely on the court order because: (a) it is doubtful that a common law right of access independent of the statutory right granted by the court exists; and (b) even if such a right had existed at one time, it could not have survived to the present day in the face of the shift in emphasis from parental rights to children's rights. Appellant does not have a civil cause of action based on the "right" of access embodied in the court order. First, it is simply not in the child's best interests to recognize the general availability of an action based on the court order given its potential for frequent litigation, thus multiplying the

défini et la précision est virtuellement impossible. Les incertitudes qui entourent ce recours informe présentent le danger d'engendrer éventuellement des litiges désastreux, démesurés et souvent inutiles. Il n'est pas du tout certain que permettre des actions civiles contre les parents qui ont la garde puisse être dans l'intérêt véritable de l'enfant, que ce soit par la création d'un délit civil ou par la reconnaissance de rapports fiduciaires découlant d'une ordonnance judiciaire. À l'instar du recours aux amendes et à l'emprisonnement, autorisés par la Loi, ces recours proposés pourraient réduire les ressources du parent gardien et faire souffrir l'enfant qui saurait qu'un parent a pris une mesure aussi draconienne contre l'autre.

*Le juge Wilson (dissidente):* Les faits plaidés dans la déclaration ne permettraient pas, s'ils étaient prouvés, une cause d'action fondée sur des délits civils tels le complot, le fait de causer délibérément des souffrances morales et l'ingérence illégale dans les rapports d'autrui, ou sur un droit de visite à l'égard des enfants en *common law*, mais ils pourraient donner naissance à une cause d'action pour violation d'un devoir fiduciaire.

Les délits civils tels le complot, le fait de causer délibérément des souffrances morales et l'ingérence illégale dans les rapports d'autrui ne devraient pas être étendus à la situation du droit de la famille, nonobstant l'existence des circonstances préliminaires qui leur sont nécessaires. Chacun de ces délits civils possèdent des caractéristiques contraires à leur extension dans ce domaine, mais le dénominateur commun est que leur extension ne serait pas dans l'intérêt véritable des enfants. Ils seraient inefficaces pour encourager une conduite favorable au maintien et au développement de rapports entre les parents et leurs enfants. Plutôt, leur extension dans ce domaine du droit de la famille créerait des conditions juridiques qui entraîneraient des abus, et serait susceptible de donner lieu à des litiges mesquins et malveillants et à un comportement exorbitant et vindicatif.

L'appellant ne peut se fonder sur la *common law* comme source de son droit de visite. Il doit se fonder sur l'ordonnance du tribunal parce que: a) il est douteux qu'il existe un droit de visite de *common law* indépendant du droit légal accordé par le tribunal et b) même si un tel droit avait existé à un moment donné, il n'aurait pas pu subsister jusqu'à maintenant devant l'accroissement de l'importance qu'ont pris les droits de l'enfant au dépens des droits parentaux. L'appellant n'a pas une cause d'action civile fondée sur le «droit» de visite incorporé dans l'ordonnance du tribunal. Premièrement, il n'est tout simplement pas dans l'intérêt véritable de l'enfant de reconnaître la possibilité générale de recourir

traumatizing effects of the marriage breakdown on the child. Second, a civil action for breach of a court order has never been recognized by our law as a method of enforcing court orders. And third, the legislature, in spelling out the enforcement mechanisms, has not provided for such an action.

Relationships in which a fiduciary obligation have been imposed seem to possess three general characteristics:

- (1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.
- (2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests.
- (3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.

These three underlying characteristics are present in the relationship under review. The custodial parent has been placed as a result of the court's order in a position of power and authority over the children with the potential to prejudicially affect and indeed utterly destroy their relationship with their non-custodial parent through improper exercise of the power. The requisite vulnerability is present, and in practical terms, the non-custodial parent can do little to restrain the custodial parent's improper exercise of authority or to obtain redress for it. The options open to an aggrieved non-custodial parent in the face of a campaign by a custodial parent to cut the non-custodial parent off from the child are exceedingly limited.

Existing fiduciary principles should be extended to this particular family law situation. First, this cause of action arises only in the particular circumstance, that of vulnerability created by the splitting of the custody and access of children by the issuance of a court order. Second, the cause of action for breach of fiduciary duty creates a very strong incentive to custodial parents to exercise their custodial rights so as to further the best interests of their children, to recognize that their children are entitled to an ongoing relationship with their other parent and that it is a serious matter to use the authority confided in them by an order of the court to deprive their children of this other dimension in their lives. Finally, unlike the causes of action in tort, the cause of action for breach of fiduciary duty allows the court to take into account conduct of a non-custodial parent (whether related to custody and access issues or

à une action fondée sur l'ordonnance du tribunal compte tenu de la possibilité que des litiges se produisent fréquemment, multipliant ainsi les effets traumatisants de la dissolution du mariage à l'égard de l'enfant. Deuxièmement, une action civile fondée sur la violation d'une ordonnance du tribunal n'a jamais été reconnue dans notre droit comme une méthode d'exécution des ordonnances des tribunaux. Et troisièmement, le législateur, en énonçant les mécanismes d'exécution, n'a pas prévu une telle action.

Les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales:

- (1) Le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.
- (2) Le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.
- (3) Le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

Ces trois caractéristiques sous-jacentes se trouvent dans les rapports qui nous intéressent. Le parent gardien a été placé par suite de l'ordonnance de la cour dans une situation de pouvoir et d'autorité à l'égard des enfants et a la possibilité de porter atteinte aux rapports avec le parent non gardien et en fait de les détruire complètement par l'exercice abusif de ce pouvoir. La vulnérabilité requise est présente et, en pratique, il n'y a pas grand chose que le parent non gardien puisse faire pour empêcher le parent gardien d'exercer son pouvoir de manière abusive ou pour obtenir un redressement contre celui-ci. Les possibilités de recours du parent non gardien lésé face à la campagne du parent gardien pour couper tout lien avec l'enfant sont extrêmement limitées.

Les principes fiduciaires existants devraient être étendus à cette situation particulière du droit de la famille. D'abord, cette cause d'action ne se présente que dans une circonstance particulière, la vulnérabilité créée par la division de la garde de l'enfant et du droit de visite par l'ordonnance d'un tribunal. Ensuite, la cause d'action pour violation d'un devoir fiduciaire incite très fortement les parents gardiens à exercer leur droit de garde de manière à favoriser l'intérêt véritable de leurs enfants, à reconnaître que leurs enfants ont droit à des rapports permanents avec l'autre parent et que l'utilisation du pouvoir qui leur a été confié par une ordonnance d'un tribunal pour priver leurs enfants de cette autre dimension dans leur vie est un acte grave. Enfin, contrairement aux causes d'action délictuelle, la cause d'action pour la violation du devoir fiduciaire permet au tribunal de tenir compte de la conduite du parent non gardien

not) which might be contrary to the best interests of children.

It is within the jurisdiction of the courts, particularly courts of equity, to prevent a cause of action from proceeding if there is any risk of injury to the children's interests. The cause of action for breach of fiduciary duty can proceed only if there is no risk that the support of the children will be impaired and no risk of a harmful conflict of loyalties arising in the children. Accordingly, not every denial of access rights will give rise to a cause of action for breach of fiduciary duty but only where a sustained course of conduct has caused severe damage to the non-custodial parent-child relationship to the detriment of both the non-custodial parent and the child.

Historically, courts of equity have been willing to grant equitable relief supplementing statutory relief for a statutory wrong. The clear and compelling statutory language necessary to oust equity's broad inherent jurisdiction to give equitable relief in appropriate circumstances does not exist in any of the legislation applicable to this case. The cause of action for breach of fiduciary duty is not founded "directly upon breach of a statute" but rather is one existing independently of the statute founded "by reference to the policies reflected in the statute and standards fixed in the statute".

The remedies normally awarded for breach of fiduciary duty are the imposition of a constructive trust and the accounting of profits: neither is applicable here. Equitable compensation, however, is also available and would allow the appellant to recover not only his out-of-pocket expenses incurred throughout the campaign to destroy his relationship with his children but also a realistic sum for his pain and suffering which, in this case, would include compensation for the severe depression he suffered as a result of the respondents' conduct.

#### Cases Cited

By La Forest J.

**Applied:** *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; **referred to:** *Schrenk v. Schrenk* (1982), 36 O.R. (2d) 480, affirming (1981), 32 O.R. (2d) 122; *Kungl v. Schiefer*, [1962] S.C.R. 443; *Gottlieb v. Gleiser*, [1957] 3 All E.R. 715; *Canada Cement LaFarge Ltd.*

(qu'elle soit reliée ou non à des questions de garde et de droit de visite) qui pourrait être contraire à l'intérêt véritable des enfants.

Les tribunaux sont compétents, particulièrement les tribunaux d'*equity*, pour empêcher qu'une cause d'action ne soit utilisée s'il y a un risque de préjudice à l'égard de l'intérêt des enfants. La cause d'action pour la violation du devoir fiduciaire ne pourra être utilisée que s'il n'y a aucun risque de porter atteinte au soutien de l'enfant ni de créer un conflit préjudiciable de loyauté chez les enfants. En conséquence, il ne naîtra pas une cause d'action pour violation du devoir fiduciaire chaque fois que le droit de visite est refusé, mais seulement lorsque la conduite permanente a causé des dommages importants au rapport entre le parent non gardien et l'enfant, au détriment de ce parent et de l'enfant.

Historiquement, les tribunaux d'*equity* ont même été prêts à accorder des redressements en *equity* qui complétaient les recours prévus par la législation à l'égard de violations de la loi. Le texte législatif clair et précis nécessaire pour écarter cette large compétence inhérente d'accorder un redressement en *equity* dans des circonstances appropriées n'existe dans aucune mesure législative applicable à l'espèce. La cause d'action pour la violation du devoir fiduciaire n'est pas fondée «directement sur la violation d'une loi», mais existe plutôt indépendamment de la loi fondée «par renvoi d'une part à des politiques exprimées dans la loi et d'autre part à des normes établies par la loi».

Les redressements qui sont normalement accordés dans le cas de violation du devoir fiduciaire sont l'imposition d'une fiducie par interprétation et la comptabilisation des bénéfices: aucun de ces redressements ne s'appliquent en l'espèce. Toutefois, l'indemnité reconnue en *equity* est également un redressement possible et permettrait à l'appelant de recouvrer non seulement les débours qu'il a subis au cours de la campagne qui visait à détruire ses rapports avec ses enfants, mais également une somme réaliste représentant sa douleur et ses souffrances qui, en l'espèce, comprendrait l'indemnisation relative à la grave dépression dont il a souffert par suite de la conduite des intimés.

#### Jurisprudence

i Citée par le juge La Forest

**Arrêts appliqués:** *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; **arrêts mentionnés:** *Schrenk v. Schrenk* (1982), 36 O.R. (2d) 480, confirmant (1981), 32 O.R. (2d) 122; *Kungl v. Schiefer*, [1962] R.C.S. 443; *Gottlieb v. Gleiser*, [1957] 3 All E.R. 715; *Ciments*

v. *British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *O'Byrne v. Koresec* (1986), 2 R.F.L. (3d) 104.

By Wilson J. (dissenting)

*Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Moore Dry Kiln Co. of Canada Ltd. v. Green Cedar Lumber Co.* (1982), 37 O.R. (2d) 300; *Dominion Bank v. Jacobs*, [1951] O.W.N. 421; *Kungl v. Schiefer*, [1962] S.C.R. 443; *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452; *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow, and Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598; *Mulcahy v. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306; *Wilkinson v. Downton*, [1897] 2 Q.B.D. 57; *Guay v. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 216; *Radovskis v. Tomm* (1957), 21 W.W.R. 658; *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216, 118 E.R. 749; *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129; *Ratcliffe v. Evans*, [1892] 2 Q.B. 524; *R. v. Greenhill* (1836), 4 Ad. & E. 624, 111 E.R. 922; *M v. M (child: access)*, [1973] 2 All E.R. 81; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 737; *Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1985), 52 O.R. (2d) 473; *English v. Dedham Vale Properties Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 382; *Tufton v. Sporni*, [1952] 2 T.L.R. 516; *Varga v. F. H. Deacon & Co.*, [1975] 1 S.C.R. 39, affirming *sub nom. R. H. Deacon & Co. v. Varga* (1972), 30 D.L.R. (3d) 653; *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507; *Attorney-General v. Goddard* (1929), 98 L.J. (K.B.) 743; *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 2, affirming (1971), 22 D.L.R. (3d) 639; *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417; *H. L. Misener and Son Ltd. v. Misener* (1977), 77 D.L.R. (3d) 428; *Wright v. Wright* (1973), 1 O.R. (2d) 337; *Woodburn v. Woodburn* (1975), 11 N.S.R. (2d) 528, 21 R.F.L. 179; *Jones v. Jones* (1970), 1 R.F.L. 295; *Currie v. Currie* (1975), 18 R.F.L. 47; *Donald v. Donald* (1973), 6 N.B.R. (2d) 665; *Nayar v. Nayar* (1981), 24 R.F.L. (2d) 400; *Fast v. Fast* (1983), 33 R.F.L. (2d) 337; *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; *Attorney-General v. Sharp*, [1931] 1 Ch. 121; *Attorney-General v. Premier Line, Ltd.*, [1932] 1 Ch. 303; *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 1 W.L.R. 923; *Dawson and Mason Ltd. v. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *U.S. Surgical Corp. v. Hospital Products International Pty.*

*Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, Section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704; *O'Byrne v. Koresec* (1986), 2 R.F.L. (3d) 104.

a

Citée par le juge Wilson (dissidente)

*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Moore Dry Kiln Co. of Canada Ltd. v. Green Cedar Lumber Co.* (1982), 37 O.R. (2d) 300; *Dominion Bank v. Jacobs*, [1951] O.W.N. 421; *Kungl v. Schiefer*, [1962] R.C.S. 443; *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow, and Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598; *Mulcahy v. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306; *Wilkinson v. Downton*, [1897] 2 Q.B.D. 57; *Guay v. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 216; *Radovskis v. Tomm* (1957), 21 W.W.R. 658; *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216, 118 E.R. 749; *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129; *Ratcliffe v. Evans*, [1892] 2 Q.B. 524; *R. v. Greenhill* (1836), 4 Ad. & E. 624, 111 E.R. 922; *M v. M (child: access)*, [1973] 2 All E.R. 81; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 737; *Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1985), 52 O.R. (2d) 473; *English v. Dedham Vale Properties Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 382; *Tufton v. Sporni*, [1952] 2 T.L.R. 516; *Varga c. F. H. Deacon & Co.*, [1975] 1 R.C.S. 39, confirmant *sub nom. R. H. Deacon & Co. v. Varga* (1972), 30 D.L.R. (3d) 653; *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507; *Attorney-General v. Goddard* (1929), 98 L.J. (K.B.) 743; *Jirna Ltd. c. Mister Donut of Canada Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 2, confirmant (1971), 22 D.L.R. (3d) 639; *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417; *H. L. Misener and Son Ltd. v. Misener* (1977), 77 D.L.R. (3d) 428; *Wright v. Wright* (1973), 1 O.R. (2d) 337; *Woodburn v. Woodburn* (1975), 11 N.S.R. (2d) 528, 21 R.F.L. 179; *Jones v. Jones* (1970), 1 R.F.L. 295; *Currie v. Currie* (1975), 18 R.F.L. 47; *Donald v. Donald* (1973), 6 N.B.R. (2d) 665; *Nayar v. Nayar* (1981), 24 R.F.L. (2d) 400; *Fast v. Fast* (1983), 33 R.F.L. (2d) 337; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Attorney-General v. Sharp*, [1931] 1 Ch. 121; *Attorney-General v. Premier Line, Ltd.*, [1932] 1 Ch. 303; *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 1 W.L.R. 923; *Dawson and Mason Ltd. v. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *U.S. Surgical Corp. v. Hospital Products International Pty. Ltd.*, [1982] 2

b

c

d

e

f

g

h

i

j

*Ltd.*, [1982] 2 N.S.W.L.R. 766; *Zik v. High* (1981), 35 O.R. (2d) 226; *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, [1969] 1 W.L.R. 809.

N.S.W.L.R. 766; *Zik v. High* (1981), 35 O.R. (2d) 226; *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, [1969] 1 W.L.R. 809.

#### Statutes and Regulations Cited

*Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 68, ss. 19(a), (d), 24, 35, 36, 37(1), (2), (5), 38, 39, 40.  
*Children's Law Reform Amendment Act*, 1982, S.O. 1982, c. 20, s. 1.  
*Custody of Infants Act 1839 (Talfourd's Act)*, 2 & 3 Vict., c. 54 (U.K.).  
*Divorce Act*, 1985, S.C. 1986, c. 4., s. 16(10).  
*Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152, ss. 60, 69(4).  
*Guardianship of Infants Act, 1886*, 49 & 50 Vict., c. 27 (U.K.).  
*Guardianship of Minors Act*, S.O. 1887, c. 21.  
*Judicature Act*, R.S.O. 1980, c. 223, s. 25, rep. & sub. by *Courts of Justice Act*, 1984, S.O. 1984, c. 11, s. 109.  
*Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, as am.  
*Ontario Rules of Practice*, r. 126.  
*Supreme Court of Judicature Act, 1873*, 36 & 37 Vict., c. 66 (U.K.).

#### Authors Cited

Austin, R. P. "The Corporate Fiduciary: Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce" (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 96.  
 Brown, Harold. "Franchising—A Fiduciary Relationship" (1971), 49 *Texas Law Rev.* 650.  
 Burns, Peter. "Civil Conspiracy: An Unwieldy Vessel Rides a Judicial Tempest" (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 229.  
 Davidson, Ian E. "The Equitable Remedy of Compensation" (1982), 13 *Melbourne Univ. Law Rev.* 349.  
 Finn, P. D. *Fiduciary Obligations*. Sydney: Law Book Co., 1977.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.  
 Goff, Robert and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1978.  
*Halsbury's Laws of England*, vol. 16, 4th ed., paragraph 1215. London: Butterworths, 1976.  
 Heffey, Peter G. "The Survival of Civil Conspiracy: A Question of Magic or Logic" (1975), 1 *Monash Univ. Law Rev.* 136.  
 Jones, Gareth. "Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty" (1968), 84 *L.Q.R.* 472.  
 Keeton, George Williams and L. A. Sheridan. *Equity*. London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1969.

#### a Lois et règlements cités

*Custody of Infants Act 1839 (Talfourd's Act)*, 2 & 3 Vict., chap. 54 (R.-U.)  
*Guardianship of Infants Act, 1886*, 49 & 50 Vict., chap. 27 (R.-U.)  
*Guardianship of Minors Act*, S.O. 1887, chap. 21.  
*Judicature Act*, L.R.O. 1980, chap. 223, art. 25, abr. et rempl. par la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, chap. 11, art. 109.  
*Loi de 1982 modifiant la Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.O. 1982, chap. 20, art. 1.  
*Loi de 1985 sur le divorce*, S.C. 1986, chap. 4, art. 16(10).  
*Loi portant réforme du droit de la famille*, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 60, 69(4).  
*Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1980, chap. 68, art. 19a, d), 24, 35, 36, 37(1), (2), (5), 38, 39, 40.  
*Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, chap. 318, mod.  
*Règles de pratique de l'Ontario*, art. 126.  
*Supreme Court of Judicature Act, 1873*, 36 & 37 Vict., chap. 66 (R.-U.)

#### Doctrines citées

Austin, R. P. «The Corporate Fiduciary: Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce» (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 96.  
 Brown, Harold. "Franchising—A Fiduciary Relationship" (1971), 49 *Texas Law Rev.* 650.  
 Burns, Peter. «Civil Conspiracy: An Unwieldy Vessel Rides a Judicial Tempest» (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 229.  
 Davidson, Ian E. «The Equitable Remedy of Compensation» (1982), 13 *Melbourne Univ. Law Rev.* 349.  
 Finn, P. D. *Fiduciary Obligations*. Sydney: Law Book Co., 1977.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.  
 Goff, Robert and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1978.  
*Halsbury's Laws of England*, vol. 16, 4th ed., paragraph 1215. London: Butterworths, 1976.  
 Heffey, Peter G. "The Survival of Civil Conspiracy: A Question of Magic or Logic" (1975), 1 *Monash Univ. Law Rev.* 136.  
 Jones, Gareth. "Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty" (1968), 84 *L.Q.R.* 472.  
 Keeton, George Williams and L. A. Sheridan. *Equity*. London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1969.

Maidment, Susan. *Child Custody and Divorce: The Law in Social Context*. London: Croom Helm, 1984.

Mason, Sir Anthony. "Themes and Prospects" in P. Finn, ed., *Essays in Equity*. Sydney: Law Book Co., 1985.

McLeod, James G. "Annotation" to *O'Byrne v. Koresec* (1986), 2 R.F.L. (3d) 104.

Milner, Alan. "Injuries to Consortium in Modern Anglo-American Law" (1958), 7 *Int. & Comp. Law Q.* 417.

Mosberg, Clay A. Note, "A Parent's Cause of Action for the Alienation of a Child's Affection" (1973-74), 22 *Kan. L. Rev.* 684.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Family Law*. Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1969.

*Restatement of the Law of Torts*. As adopted and promulgated by the American Law Institute, at Washington, D.C. St. Paul: American Law Institute Publishers, 1938.

Shepherd, J. C. *The Law of Fiduciaries*. Toronto: Carswells, 1981.

Solomon, Robert M., Bruce P. Feldthusen and Stephen J. Mills. *Cases and Materials on the Law of Torts*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1986.

Vinter, E. *A Treatise on the History and Law of Fiduciary Relationships and Resulting Trusts*, 3rd ed., 1955.

Weinrib, Ernest J. "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

Williams, Glanville. "The Foundations of Tortious Liability" (1939), 7 *Cambridge Law J.* 111.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of Boland J. granting an order to strike for want of a reasonable cause of action. Appeal dismissed, Wilson J. dissenting.

*Stephen B. Smart*, for the appellant.

*Gregory Frink*, for the respondents.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer and La Forest JJ. was delivered by

LA FOREST J.—The issue in this case is whether the appellant has a right of action against his former spouse and her present husband for interfering with his access to his children.

#### Background

This appeal arises out of a motion to strike out a statement of claim on the ground that it discloses no cause of action. That being the case, it must be

Maidment, Susan. *Child Custody and Divorce: The Law in Social Context*. London: Croom Helm, 1984.

Mason, Sir Anthony. "Themes and Prospects" in P. Finn, ed., *Essays in Equity*. Sydney: Law Book Co., 1985.

<sup>a</sup> McLeod, James G. «Annotation» to *O'Byrne v. Koresec* (1986), 2 R.F.L. (3d) 104.

Milner, Alan. «Injuries to Consortium in Modern Anglo-American Law» (1958), 7 *Int. & Comp. Law Q.* 417.

Mosberg, Clay A. Note, «A Parent's Cause of Action for the Alienation of a Child's Affection» (1973-74), 22 *Kan. L. Rev.* 684.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Family Law*. Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1969.

<sup>c</sup> *Restatement of the Law of Torts*. As adopted and promulgated by the American Law Institute, at Washington, D.C. St. Paul: American Law Institute Publishers, 1938.

Shepherd, J. C. *The Law of Fiduciaries*. Toronto: Carswells, 1981.

<sup>d</sup> Solomon, Robert M., Bruce P. Feldthusen et Stephen J. Mills. *Cases and Materials on the Law of Torts*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1986.

Vinter, E. *A Treatise on the History and Law of Fiduciary Relationships and Resulting Trusts*, 3rd ed., 1955.

<sup>e</sup> Weinrib, Ernest J. «The Fiduciary Obligation» (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

Williams, Glanville. «The Foundations of Tortious Liability» (1939), 7 *Cambridge Law J.* 111.

<sup>f</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Boland qui avait accordé une ordonnance de radiation pour absence de cause raisonnable d'action. Pourvoi rejeté, le juge Wilson est dissidente.

*Stephen B. Smart*, pour l'appellant.

*Gregory Frink*, pour les intimés.

<sup>h</sup> Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, McIntyre, Lamer et La Forest rendu par

LE JUGE LA FOREST—La question en l'espèce est de savoir si l'appelant a un droit d'action contre son ex-épouse et son mari actuel pour entrave à son droit de visite à l'égard de ses enfants.

#### Le contexte

<sup>j</sup> Ce pourvoi découle d'une requête en radiation d'une déclaration pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action. Il faut donc présumer, aux

assumed, for the purposes of the motion, that the facts pleaded are true. The most salient of these are as follows.

Richard Frame and Eleanor Smith were formerly husband and wife and had three children, now aged 24, 19 and 18. The couple separated in 1970, and in 1971 a Manitoba court granted the wife custody of the children, with generous visiting privileges to her husband. Later orders of access were issued in Ontario in 1974 and 1975. According to the husband, however, his former wife has done everything in her power to frustrate his access to the children. She has moved between Winnipeg, Toronto, Denver and Ottawa, making access and visitation, in his words, impossible. She changed the children's surname and religion, told them that the appellant was not their father, forbade telephone conversation with him, and intercepted his letters to them. The husband alleges that as a result of his former wife's conduct he has undergone considerable expense and has suffered severe emotional and psychic distress. He claims that she and her present husband are liable for any damages flowing from their wrongful interference with the legal relationship he had with his children. Accordingly, he seeks recovery not only of his out-of-pocket expenses (estimated at \$25,000), but of general and punitive damages in the sum of \$1,000,000 and \$500,000 respectively. The endorsement on the writ of summons reads as follows:

The Plaintiff's claim is for damages as a result of the defendants' failure to permit the plaintiff to exercise the right to access to his children or alternatively, damages relating to the defendants' wilful denial or refusal to permit the plaintiff from exercising his lawful right to access to his children or alternatively, damages arising from the defendants' conspiracy to commit acts in order to prevent the plaintiff from exercising his legal rights and for damages related to the plaintiff's loss of opportunity to develop a meaningful human relationship and have social companionship and contact with his children and to provide and give to the said children proper parental love, care and guidance.

fin de la requête, que les faits rapportés dans les plaidoiries sont exacts. Les plus importants sont les suivants.

<sup>a</sup> Richard Frame et Eleanor Smith ont déjà été mari et femme et ils ont trois enfants maintenant âgés de 24, 19 et 18 ans. Le couple s'est séparé en 1970 et, en 1971, un tribunal manitobain a accordé à l'épouse la garde des enfants, assortie de généreux privilèges de visite à l'époux. Des ordonnances subséquentes accordant des droits de visite ont été délivrées en Ontario en 1974 et 1975. <sup>b</sup> Toutefois, selon le mari, son ex-épouse a fait tout ce qu'il lui était possible pour faire échec à son droit de visite à l'égard des enfants. Elle a habité successivement Winnipeg, Toronto, Denver et Ottawa, rendant les droits de visite, à son dire, <sup>c</sup> impossibles à exercer. Elle a changé le nom de famille et la religion des enfants, leur a dit que l'appelant n'était pas leur père, leur a interdit les conversations téléphoniques avec lui et a intercepté les lettres qu'il leur adressait. Le mari allègue qu'à <sup>d</sup> cause de la conduite de son ex-épouse il a engagé des dépenses considérables et a subi de graves problèmes émotionnels et psychiques. Il prétend qu'elle et son époux actuel sont responsables de <sup>e</sup> tous dommages résultant de leur entrave illégale aux rapports légaux qu'il avait avec ses enfants. Il cherche par conséquent à recouvrer non seulement ses débours (estimés à 25 000 \$), mais des dommages-intérêts généraux et punitifs de 1 000 000 \$ et <sup>f</sup> 500 000 \$ respectivement. L'inscription sur le bref d'assignation se lit comme suit: <sup>g</sup>

[TRADUCTION] Le demandeur réclame des dommages-intérêts par suite du refus des défendeurs de lui permettre d'exercer le droit de visite à l'égard de ses enfants ou, <sup>h</sup> subsidiairement, des dommages-intérêts relatifs au refus volontaire des défendeurs de lui permettre d'exercer son droit légal de visite à l'égard de ses enfants ou, subsidiairement, les dommages-intérêts résultant du complot des <sup>i</sup> défendeurs visant à accomplir des actes destinés à empêcher le demandeur d'exercer ses droits légaux et des dommages-intérêts relatifs à la perte de possibilité du demandeur de développer des rapports humains significatifs et de jouir de la compagnie de ses enfants et de <sup>j</sup> contacts avec eux et de fournir et donner auxdits enfants l'amour, les soins et les conseils parentaux qui conviennent.

The defendants moved for an order to have the action struck out under Rule 126 of the *Ontario Rules of Practice*. Considering herself bound by the similar case of *Schrenk v. Schrenk* (1981), 32 O.R. (2d) 122 (Ont. H.C.), aff'd (1982), 36 O.R. (2d) 480 (C.A.), Boland J. made the order. On appeal to the Ontario Court of Appeal, that court, too, considered itself bound by its earlier decision in *Schrenk* and dismissed the appeal.

The appellant then sought and was granted leave to appeal to this Court.

#### Possible Tort Liability

Despite their deep human and social importance, the interest of parents in the love and companionship of their children and the reciprocal interest of children in the love and companionship of their parents were not, at common law, accorded specific protection. The *Restatement of the Law of Torts* (1938), s. 699, puts the parent's common law position in these words: "One who, without more, alienates from its parents the affection of a child, whether a minor or of full age, is not liable to the child's parent." There were the old actions of enticement, harbouring, or seduction or loss of services that gave some protection to a father's interest in his children, but these actions had a distinctly pecuniary flavour. In any event, they have now been abolished in Ontario by the *Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152, s. 69(4).

In the United States, a separate tort of "alienation of affections" was developed to protect the reciprocal interest of spouses in one another's companionship, but from the mid-1930's onward, it began to fall into disfavour and, along with the traditional actions already mentioned, was abolished in many of the states. It simply did not sit well in an age of "rapidly shifting husbands and wives and ever-increasing family catastrophes"; for an account, see Alan Milner, "Injuries to Consortium in Modern Anglo-American Law" (1958), 7 *Int. & Comp. Law Q.* 417, especially at pp. 435-36. The extension of the tort in a few state courts to allow parents to sue for the loss of

Les défendeurs ont demandé une ordonnance radiant l'action en vertu de l'article 126 des *Règles de pratique de l'Ontario*. Se considérant liée par une affaire semblable *Schrenk v. Schrenk* (1981), 32 O.R. (2d) 122 (H.C. Ont.), conf. (1982), 36 O.R. (2d) 480 (C.A.), le juge Boland a rendu l'ordonnance. La Cour d'appel de l'Ontario s'est également considérée liée par son arrêt *Schrenk* et a rejeté l'appel.

L'appelant a alors demandé et obtenu une autorisation de pourvoi devant cette Cour.

#### De la responsabilité délictuelle

Malgré leur profonde importance humaine et sociale, l'intérêt des parents dans l'amour et la compagnie de leurs enfants et l'intérêt réciproque des enfants dans l'amour et la compagnie de leurs parents n'ont pas, en *common law*, reçu de protection spécifique. Le *Restatement of the Law of Torts* (1938), art. 699, formule la situation des parents en *common law* en ces termes: [TRADUCTION] «Celui qui, sans plus, enlève à ses parents l'affection d'un enfant, qu'il soit mineur ou majeur, n'a aucune responsabilité envers les parents de l'enfant.» Les anciennes actions fondées sur l'entraînement, le recel, la séduction ou la perte des services accordaient autrefois une certaine protection à l'intérêt d'un père à l'égard de ses enfants, mais elles avaient une connotation particulièrement pécuniaire. Quoi qu'il en soit, elles ont été abolies en Ontario par la *Loi portant réforme du droit de la famille*, L.R.O. 1980, chap. 152, par. 69(4).

Aux États-Unis, on avait élaboré un délit civil distinct de «détournement d'affection» pour protéger l'intérêt réciproque des conjoints dans la compagnie de l'autre, mais vers le milieu des années 30 il a commencé à tomber en défaveur et, tout comme les actions traditionnelles déjà mentionnées, il a été aboli dans de nombreux États. Il ne s'insérait tout simplement pas bien dans une époque de [TRADUCTION] «changements rapides de conjoints et de catastrophes familiales de plus en plus nombreuses»; pour des détails, voir Alan Milner, «Injuries to Consortium in Modern Anglo-American Law» (1958), 7 *Int. & Comp. Law Q.* 417, en particulier les pp. 435 et 436. L'extension



affection of their children received anything but universal approval; see Milner, *ibid.*; Clay A. Mosberg, Note, "A Parent's Cause of Action for the Alienation of a Child's Affection" (1973-74), 22 *Kan. L. Rev.* 684. Opening the gates to a multiplicity of actions within the family circle and against close family friends was not viewed as an undiluted good. Indeed, in Michigan, one of the few states where this extension was made, the State legislature went out of its way to abolish it; see Mosberg, *ibid.*, at pp. 689-90. In Canada, this Court, in *Kungl v. Schiefer*, [1962] S.C.R. 443, rejected an action by a husband to recover damages for the alienation of the affection of his wife, holding that no such tort existed in Canada. In this, it followed the lead of the English courts where, in *Gottlieb v. Gleiser*, [1957] 3 All E.R. 715, Denning L.J. made it clear that such domestic matters lie outside the realm of the law altogether.

The husband in the present case also sought to rely on the tort of conspiracy but as my colleague Justice Wilson explains in her judgment, there are grave disadvantages associated with applying this tort to circumstances like the present. Further, as she notes, this Court has made it clear that it does not look kindly upon the extension of this tort, which it regards as an anomaly, see, *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452, at p. 473, *per* Estey J. Wilson J., in her judgment, has also adequately disposed of the possibility of other existing torts applying to the circumstances of this case. It is also doubtful, as she observes, that a parent had at common law a right of access, as opposed to custody, upon which an action could be grounded. There is no pecuniary interest here, and, in any event, any possible interest seems to be very much akin to that which would have been protected by the rejected tort of alienation of affections.

du délit civil par certains tribunaux d'État de manière à permettre aux parents de poursuivre pour la perte d'affection de leurs enfants a été loin de recevoir l'approbation générale; voir Milner, *ibid.*, Clay A. Mosberg, Note, «A Parent's Cause of Action for the Alienation of a Child's Affection» (1973-74), 22 *Kan. L. Rev.* 684. La possibilité d'une multiplicité d'actions à l'intérieur du cercle familial et contre des proches de la famille n'a pas été considérée comme un bien sans réserve. En fait, au Michigan, un des rares États où on l'a ainsi étendu, la législature de l'État l'a aboli; voir Mosberg, *ibid.*, aux pp. 689 et 690. Au Canada, dans l'arrêt *Kungl v. Schiefer*, [1962] R.C.S. 443, cette Cour a rejeté l'action d'un mari en dommages-intérêts pour le détournement de l'affection de son épouse, statuant qu'aucun délit civil de cette espèce n'existait au Canada. Elle a ainsi suivi la direction indiquée par les tribunaux anglais où, dans l'arrêt *Gottlieb v. Gleiser*, [1957] 3 All E.R. 715, le lord juge Denning a établi clairement que ces affaires familiales ne relèvent absolument pas du droit.

Le mari en l'espèce cherche également à invoquer le délit civil de complot mais, comme l'explique ma collègue le juge Wilson dans ses motifs, l'application de ce délit civil à des circonstances comme celles de l'espèce comporte de graves inconvénients. Elle signale également que cette Cour a dit clairement qu'elle n'envisage pas d'un bon œil l'extension de ce délit civil qu'elle considère comme une anomalie, voir *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452, le juge Estey à la p. 473. Dans ses motifs de jugement, le juge Wilson a également réglé de façon adéquate la possibilité d'application d'autres délits civils existants aux circonstances de la présente espèce. Il est également douteux, fait-elle observer, qu'un parent ait, en *common law*, un droit de visite, par opposition au droit de garde, qui puisse servir de fondement à une action. Il n'existe en l'espèce aucun intérêt pécuniaire et, quoi qu'il en soit, tout intérêt éventuel semble très voisin de celui qu'aurait protégé le délit civil de détournement d'affection qui a été écarté.

It would, of course, be possible for the courts to devise a new tort to meet the situation. And the temptation to do so is clearly present, for one cannot help but feel sympathy for the appellant and others in like situations. But there are formidable arguments against the creation of such a remedy. I have already mentioned the undesirability of provoking suits within the family circle. The spectacle of parents not only suing their former spouses but also the grandparents, and aunts and uncles of their children, to say nothing of close family friends, for interfering with rights of access is one that invites one to pause. The disruption of the familial and social environment so important to a child's welfare may well have been considered reason enough for the law's inaction, though there are others.

There are also serious difficulties in defining such a tort. At what stage and for what actions should one be able to claim interference with access? Is advice or encouragement to a child sufficient? It is notorious that free, and not always disinterested and wise advice abounds in a family setting. There are degrees of interference, of course, and some interference is malicious and some is not, but where the line is to be drawn defies specification. It seems to me that there is no clear boundary between ordinary interruptions to access and sustained, putatively actionable interference, and where the point is reached where permissible advice intended for the child's benefit stops and malicious obstruction begins is virtually impossible to divine. This is especially so because, as Alan Milner, *ibid.*, at p. 429, has pointed out, "when there is dislike, a desire to injure is never far behind." Besides, the awarding of damages will do little to bring back love and companionship, but it may, in some cases, well deprive a child of the support he or she might otherwise obtain from a custodial parent and relatives. If, on the other hand, the action is generally limited to the recovery of expenses, it will be of little use to most parents given the costs, in time and money, of court actions. These and other practical considerations are sufficient to raise serious doubts about whether an action at law is the appropriate way to deal with this type of situation. This probably

Les tribunaux pourraient évidemment concevoir un nouveau délit civil pour régler la situation. Et la tentation de le faire est évidemment bien présente, car on ne peut s'empêcher de ressentir de la sympathie pour l'appelant et les autres personnes dans des situations semblables. Mais des arguments redoutables s'opposent à la création d'un tel redressement. J'ai déjà mentionné qu'il était peu souhaitable de provoquer des poursuites au sein du cercle familial. Le spectacle de parents poursuivant non seulement leurs ex-conjoints mais également les grands-parents, les tantes, les oncles de leurs enfants, sans parler des proches de la famille, pour entrave aux droits de visite donne à réfléchir. L'éclatement du milieu familial et social, tellement important pour le bien-être d'un enfant, peut bien avoir constitué un motif mûrement réfléchi d'inaction juridique, bien qu'il y ait d'autres raisons.

La définition d'un tel délit civil présente également des difficultés importantes. À quelle étape et pour quels actes pourrait-on prétendre qu'il y a entrave aux droits de visite? Des conseils ou des encouragements donnés à un enfant sont-ils suffisants? Tout le monde sait que les conseils spontanés, et pas toujours désintéressés ni sages, abondent dans un milieu familial. Les entraves comportent évidemment différents degrés et certaines sont malveillantes, d'autres non, mais il est bien difficile de préciser où se situe la ligne de démarcation. Il me semble qu'il n'y a pas de limite claire entre les interruptions ordinaires du droit de visite et l'entrave soutenue, pouvant probablement donner ouverture à une action; et il est virtuellement impossible de prédire quand est atteint le point où s'arrêtent les avis acceptables donnés pour le bénéfice de l'enfant et où commence l'obstruction malveillante. Ceci est d'autant plus vrai que, comme l'a signalé Alan Milner, *ibid.*, à la p. 429 [TRADUCTION] «le désir de faire du mal suit de près l'aversion.» En outre, des dommages-intérêts ont peu de chance de ramener l'amour et la compagnie, mais ils peuvent bien, dans certains cas, priver un enfant du soutien qu'il obtiendrait autrement du parent qui en a la garde et d'autres membres de la famille. Si, par contre, l'action est limitée de façon générale au recouvrement des débours, elle aura peu d'utilité pour la plupart des parents étant donné les coûts, en temps et en

explains the reticence of the courts in finding a remedy at common law.

But what really determines the matter, in my view, is that any possible judicial initiative has been overtaken by legislative action. In all the provinces (and at the federal level for that matter), legislation has been enacted to deal with the modern phenomenon of frequent family breakdowns and, in particular, to provide for custody of, and access to children. In Ontario, the *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 68, as amended by the *Children's Law Reform Amendment Act*, 1982, S.O. 1982, c. 20, now deals with the matter in a comprehensive manner. In particular, the courts are given the role of ensuring that issues involving custody of, and access to children are determined on the basis of the best interests of the children (see ss. 19(a), 24(1)). Numerous remedies are provided for the enforcement of orders granting custody or access. The court can give such directions as it considers appropriate for the supervision of those having custody of, or access to the children (s. 35). It may, on application, make an order restraining any person from molesting, annoying or harassing the applicant or a child in the applicant's custody (s. 36). It may also empower the applicant or someone on his or her behalf to apprehend a child to give effect to the applicant's entitlement to custody or access (s. 37(1)). In certain circumstances, it may direct the sheriff or the police to do so (s. 37(2)), and empower them to enter and search any place where they have reasonable and probable grounds for believing the child may be, and to use such assistance or force as may be reasonable in the circumstances (s. 37(5)). The court may also take steps to prevent a child from being removed from the province (s. 38). In addition to its powers in respect of contempt, the court is empowered to impose a fine or imprisonment for wilful contempt of, or resistance to its

argent, des actions en justice. Ces considérations et d'autres d'ordre pratique suffisent pour soulever des doutes sérieux quant à savoir si une action en justice est une façon appropriée de régler ce genre de situation. C'est probablement ce qui explique la réticence des tribunaux à conclure à l'existence d'un redressement en *common law*.

Mais ce qui est vraiment concluant, à mon avis, c'est que le législateur a pris les devants sur toute initiative judiciaire éventuelle. Dans toutes les provinces (et au niveau fédéral d'ailleurs), on a adopté des mesures législatives qui traitent du phénomène moderne de l'effondrement fréquent des familles et, en particulier, qui prévoient la garde des enfants et le droit de leur rendre visite. En Ontario, la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1980, chap. 68, modifiée par la *Loi de 1982 modifiant la Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.O. 1982, chap. 20, traite maintenant de la question d'une manière détaillée. En particulier, les tribunaux ont reçu comme rôle d'assurer que les questions litigieuses concernant la garde des enfants ou les droits de visite soient tranchées en fonction du meilleur intérêt de l'enfant (al. 19a) et par. 24(1)). De nombreux moyens sont prévus pour l'exécution d'ordonnances de garde ou de droit de visite. La cour peut donner les directives qu'elle juge appropriées relativement au contrôle de ceux qui ont la garde des enfants ou un droit de visite à leur égard (art. 35). Sur requête, elle peut rendre une ordonnance enjoignant à une personne de ne pas importuner ni harceler le requérant ou un enfant dont il a garde (art. 36). Elle peut également autoriser le requérant ou son représentant à appréhender l'enfant afin de faire respecter son droit de garde ou son droit de visite (par. 37(1)). Dans certaines circonstances, elle peut ordonner au shérif ou à la police de le faire (par. 37(2)), et les autoriser à pénétrer dans tout lieu où ils sont fondés à croire que l'enfant se trouve et à y faire une perquisition, et à recourir à l'aide ou à la force nécessaires dans les circonstances (par. 37(5)). La cour peut également prendre des mesures pour empêcher qu'un enfant soit emmené à l'extérieur de la province (art. 38). Outre son pouvoir en matière d'outrage, la cour peut imposer une amende ou une peine d'emprisonnement à quiconque contrevient de façon délibérée ou résiste

process or orders in respect of custody or access (s. 39).

It seems obvious to me that the Legislature intended to devise a comprehensive scheme for dealing with these issues. If it had contemplated additional support by civil action, it would have made provision for this, especially given the rudimentary state of the common law. Indeed, as we saw, the Legislature in a separate statute (the *Family Law Reform Act*) went out of its way to abolish all the relevant, if inadequate, remedies then existing at common law. Gray J. in *Schrenk*, *supra*, assumed that an action like the present fell within the ambit of these abolished common law remedies, and I agree that the statute shows a clear disposition not to permit recourse to the courts for civil actions of this nature. There is more here than the usual presumption that the Legislature must be taken to have known the pre-existing law. It had acted on the basis of a *Report on Family Law* (1969) prepared by the Ontario Law Reform Commission.

In adopting this position, I am merely following the approach taken by this Court in a number of recent cases. In *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, the Court had to deal with the issue whether the repeated denial of employment on the ground of racial discrimination gave rise to a common law tort. As is the case here, a comprehensive statute, *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, had been enacted to deal with the problem in the face of rudimentary common law development. As here too, the substance of the right was defined by the statute and an array of remedies had been devised to enforce it. Laskin C.J., speaking for the Court, at p. 189, made it clear that there was no room "to create by judicial fiat an obligation . . . to confer . . . [a] benefit upon certain persons . . . solely on the basis of a breach of a statute which itself provides comprehensively for remedies for its breach". The present case, in my view, affords a complete parallel to that situation.

à ces brefs ou ordonnances de garde ou de droit de visite (art. 39).

Il me semble évident que le législateur a voulu créer un régime détaillé pour régler ces problèmes. S'il avait envisagé l'appui supplémentaire d'une action civile, il l'aurait prévue, surtout étant donné l'état rudimentaire de la *common law*. En fait, nous l'avons vu, dans une loi distincte (la *Loi portant réforme du droit de la famille*) le législateur est sorti des sentiers battus pour abolir tous les redressements pertinents, mais inadéquats, alors existants en *common law*. Dans l'affaire *Schrenk*, précitée, le juge Gray a pris pour acquis qu'une action comme celle-ci fait partie des redressements de *common law* qui ont été abolis, et je conviens que la loi est clairement tournée vers le refus d'autoriser le recours aux tribunaux pour des actions civiles de cette nature. Il y a plus, en l'espèce, que la présomption habituelle qu'il faut considérer que le législateur connaissait le droit existant. Il a agi sur le fondement d'un rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario déposé en 1969, intitulé *Report on Family Law*.

En adoptant cette position je suis simplement la méthode adoptée par cette Cour dans plusieurs arrêts récents. Dans l'affaire *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181, la Cour a examiné la question de savoir si le refus répété d'emploi fondé sur la discrimination raciale donnait ouverture à un délit civil en *common law*. Comme en l'espèce, une loi détaillée, *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O 1970, chap. 318, avait été adoptée pour régler le problème étant donné l'état rudimentaire de la *common law*. Comme en l'espèce également, la loi définissait l'essence du droit et créait un nombre imposant de recours pour le mettre à exécution. Le juge en chef Laskin, parlant au nom de la Cour, a dit clairement à la p. 189 qu'il n'était pas possible «de créer par autorisation judiciaire une obligation [. . .] de conférer un avantage [. . .] à certaines personnes [. . .] sur le seul fondement de la violation d'une loi qui, elle, prévoit de façon détaillée des recours en cas de violation». À mon avis, l'affaire en l'espèce présente une situation tout à fait semblable.

More generally, what the present action appears to contemplate is the enforcement of a statutory duty, or what amounts to the same thing, an order made by virtue of a statutory discretion, by means of a civil action rather than by means of the remedies provided by the Act. This Court had occasion to deal with that issue in *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205. There the Canadian Wheat Board sought to recover damages against the Pool for having delivered infested grain out of its terminal elevators contrary to a statutory provision; no negligence was pleaded. The action failed. The Court flatly rejected the notion of a nominate tort of statutory breach; if the legislature wished to provide for a civil action, it held, it could do so. Any other course would simply allow the courts to choose, in no predictable fashion, to grant a civil remedy for a statutory breach whenever they thought fit. The tenor of the Court's approach may be gleaned from the following passage of the judgment of the present Chief Justice, then Dickson J., at pp. 215-16:

The pretence of seeking what has been called a "will o' the wisp", a non-existent intention of Parliament to create a civil cause of action, has been harshly criticized. It is capricious and arbitrary, "judicial legislation" at its very worst.

It is a "bare faced fiction" at odds with accepted canons of statutory interpretation: "the legislature's silence on the question of civil liability rather points to the conclusion that it either did not have it in mind or deliberately omitted to provide for it" (Fleming, *The Law of Torts*, 5th ed., 1977, at p. 123). Glanville Williams is now of the opinion that the "irresolute course" of the judicial decisions "reflect no credit on our jurisprudence" and, with respect, I agree. He writes:

The failure of the judges to develop a governing attitude means that it is almost impossible to predict, outside the decided authorities, when the courts will regard a civil duty as impliedly created. In effect the judge can do what he likes, and then select one of the conflicting principles stated by his predecessors in order to justify his decision.

De façon plus générale, la présente action paraît envisager la mise à exécution d'une obligation légale, ou ce qui équivaut à la même chose, d'une ordonnance rendue en vertu d'un pouvoir discrétionnaire accordé par la loi, au moyen d'une action civile plutôt qu'au moyen des redressements prévus par la Loi. Cette Cour a eu l'occasion d'examiner cette question dans l'arrêt *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205. Dans cette affaire, la Commission canadienne du blé réclamait au Pool des dommages-intérêts par suite de la livraison de grain infesté provenant de ses éleveurs terminus contrairement à une disposition de la loi; aucune négligence n'était invoquée. L'action a échoué. La Cour a carrément rejeté la notion d'un délit civil spécial de violation d'une obligation légale; si le législateur voulait prévoir une action civile, a-t-elle conclu, il pouvait le faire. Autrement, on permettrait simplement aux tribunaux de choisir, d'une façon tout à fait imprévisible, d'accorder un recours civil pour une violation de la loi chaque fois qu'ils l'estimeraient convenable. On peut dégager l'essence du point de vue de la Cour de l'extrait suivant des motifs du juge Dickson, maintenant Juge en chef, aux pp. 215 et 216:

On a sévèrement critiqué l'illusion qui consiste à chercher ce qu'on a qualifié de [TRADUCTION] «volonté chimérique», savoir l'intention inexistante du Parlement de créer une cause d'action civile. Pratique empreinte de caprice et d'arbitraire, il s'agit là de [TRADUCTION] «droit prétorien» de la pire espèce.

Il s'agit d'une «fiction flagrante» qui va à l'encontre des règles reçues en matière d'interprétation de lois: [TRADUCTION] «le silence du législateur sur la question de la responsabilité civile porte à conclure soit qu'il ne l'a pas envisagée soit qu'il l'a omise délibérément» (Fleming, *The Law of Torts*, 5<sup>e</sup> éd., 1977, à la p. 123). Glanville Williams est maintenant d'avis que [TRADUCTION] «(l')indécision» des cours «ne fait que discréditer notre jurisprudence» et, avec égards, je suis d'accord. Il écrit à ce sujet:

[TRADUCTION] L'omission des juges d'élaborer un principe directeur entraîne la quasi-impossibilité de prévoir, en dehors des précédents, dans quels cas les cours estimeront qu'il y a eu création implicite d'une obligation civile. En effet, le juge peut agir à sa guise et puis choisir, pour motiver sa décision, un des principes contradictoires énoncés par ses prédécesseurs.

There is no need today to supplement legislative action in this way. Indeed, to do so may well do violence to the comprehensive statutory scheme provided by the Legislature; see *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, per Estey J., especially at p. 721. I shall have more to say about this later. As well, when it is subsequently desired to make changes to a legislative scheme, common law accretions are difficult to deal with adequately.

In my view, therefore, the appellant husband has not established a proper basis for an action in tort.

#### Possible Fiduciary Obligation

Much of what I have already stated seems to me, with respect, to apply with equal force to the possibility, about which this Court invited counsel to make additional submissions, that the appellant may have an action for a breach of a fiduciary obligation arising out of the court order granting him access to the child. All the reasons for not permitting a tort action apply equally to an action for the breach of such an obligation. The Legislature created the rights of custody and access and, as we saw, provided a whole array of remedies for enforcing them, from directions for supervising access, to restraining orders against interference, to apprehending the child, if necessary by permitting entries into premises and searches by the police or the sheriff, to fines and imprisonment. Why the legislature should be thought to have intended enforcement by an action for breach of a fiduciary obligation when there is a failure to comply with an access order, when an intention to permit a tortious action will not be implied, I fail to understand. All the more so when the Legislature has taken pains to abolish all non-statutory actions that had any obvious relevance to the matter. Indeed there are in my view stronger reasons to doubt that the Legislature would have contemplated recourse to this action. It is extreme-

Point n'est besoin aujourd'hui de compléter les mesures législatives de cette façon. En fait, cela pourrait bien porter atteinte au régime complet prévu par le législateur; voir l'arrêt *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, Section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704, le juge Estey, particulièrement à la p. 721. J'y reviendrai plus loin. Aussi, quand on veut par la suite apporter des modifications à un régime législatif, il est difficile de traiter adéquatement des nouveautés apportées par la *common law*.

À mon avis, donc, le mari appellant n'a pas établi un fondement acceptable pour une action délictuelle.

#### De l'obligation fiduciaire

Une bonne partie de ce que j'ai déjà dit me semble s'appliquer avec une force égale à la possibilité, au sujet de laquelle la Cour a demandé aux avocats de présenter des arguments supplémentaires, que l'appellant ait un droit d'action pour violation d'une obligation fiduciaire découlant de l'ordonnance judiciaire lui accordant le droit de visite à l'égard des enfants. Tous les motifs pour écarter une action délictuelle s'appliquent également à une action pour la violation d'une telle obligation. Le législateur a créé les droits de garde et de visite et, nous l'avons vu, a fourni un nombre imposant de recours pour les mettre à exécution, des directives relatives au contrôle du droit de visite, en passant par les ordonnances interdisant toute entrave et la possibilité d'appréhender l'enfant en permettant, si nécessaire, à la police ou au shérif de pénétrer dans des lieux et d'y faire des perquisitions, jusqu'à l'autorisation d'imposer amende et emprisonnement. Je n'arrive pas à comprendre pourquoi on devrait penser que le législateur a voulu permettre l'exécution au moyen d'une action pour violation d'une obligation fiduciaire lorsqu'il y a violation d'une ordonnance portant droit de visite, alors qu'on ne voit pas d'intention implicite d'autoriser une action en responsabilité délictuelle. C'est d'autant plus vrai lorsque le législateur a pris la peine d'abolir toutes les actions non prévues par la loi qui avaient quelque pertinence évidente en la matière. En fait il y a à mon avis des raisons plus fortes de douter que le législateur ait envisagé le

ly ill-defined and it would scarcely be one that would immediately leap to mind.

There is no greater clarity as to when an action for a breach of fiduciary obligation would arise than is the case respecting possible tortious action for interference with access. Even if one assumes that not every breach of the right of access can give rise to an action, at what point precisely does an action arise? As I noted in discussing a possible tort action, precision is virtually impossible in this area. The fact that the court may have some discretion in awarding damages does not alter the fact that there may be a wide area of conduct that might be thought by litigants to warrant suit. These are but a few of the uncertainties that surround this amorphous remedy. These uncertainties have the potential to generate pyrrhic, excessive and often needless litigation.

Permitting such an action may well be violative of the express direction of the Act that custody of, and access to children should, in situations like these, be accorded solely on the basis of the children's best interests. The Legislature may well have thought that allowing a civil action would have this effect. I might mention here that the courts will not permit violence to be done indirectly to a legislative scheme. In other contexts, not only have they refused to allow a tort action, but they have gone further and not permitted what had traditionally been permissible contractual actions; see, for example, *St. Anne Nackawic, supra*.

In sum, it is by no means certain that permitting civil actions against the custodial parents can be said to be in the best interests of the child, whether this be by creating a tort or recognizing a fiduciary relationship arising out of a court order. Resort even to fines and imprisonment, which is permitted by the Act, has been described as not "entirely appropriate"; see James G. McLeod, "Annotation" to *O'Byrne v. Koresec* (1986), 2 R.F.L. (3d)

recours à cette action. Elle est extrêmement mal définie et elle ne vient pas immédiatement à l'esprit.

a On ne voit pas davantage quand une action pour violation d'obligation fiduciaire prendrait naissance qu'on ne le voit relativement à la possibilité d'action délictuelle pour violation du droit de visite. Même si on présume que ce ne sont pas toutes les violations du droit de visite qui peuvent donner naissance à une action, à quel point précisément une action prend-elle naissance? Comme je l'ai noté dans l'analyse de la possibilité d'une action en responsabilité délictuelle, la précision est virtuellement impossible dans ce domaine. Le pouvoir discrétionnaire que peut avoir le tribunal dans l'adjudication des dommages-intérêts ne change rien au fait que les parties au litige peuvent penser qu'il y a une grande variété d'actes pouvant justifier une poursuite. Ce ne sont là que quelques-unes des incertitudes qui entourent ce recours informel. Ces incertitudes présentent le danger d'engendrer éventuellement des litiges désastreux, démesurés et souvent inutiles.

Permettre une telle action pourrait bien contrevenir à la directive exprimée dans la Loi que la garde et le droit de visite des enfants soient, dans des situations comme celles-ci, accordés seulement sur le fondement du meilleur intérêt des enfants. Le législateur a bien pu penser qu'autoriser une action civile aurait cet effet. Je pourrais mentionner à ce stade que les tribunaux ne permettront pas qu'on porte atteinte indirectement à un régime législatif. Dans d'autres contextes, ils ont non seulement refusé d'autoriser une action délictuelle, mais ils sont allés plus loin et n'ont pas permis ce qui avait traditionnellement été des actions autorisées en matière contractuelle; voir par exemple l'arrêt *St. Anne Nackawic*, précité.

En résumé, il n'est pas du tout certain que permettre des actions civiles contre les parents qui ont la garde puisse être dans l'intérêt véritable de l'enfant, que ce soit par la création d'un délit civil ou par la reconnaissance de rapports fiduciaires découlant d'une ordonnance judiciaire. Même le recours aux amendes et à l'emprisonnement, autorisé par la Loi, a été décrit comme n'étant pas [TRADUCTION] «tout à fait approprié»; voir James

104, at p. 105. That is because these may encroach on the resources of the custodial parent and because the child may suffer from the knowledge that one parent has taken such drastic action against the other. This applies, and in some respects with greater force to a legal action. Damages can impose a far greater financial burden than the fine of up to \$1,000 which may be imposed under the Act (s. 39(1)). Furthermore, though the imprisonment of one parent at the behest of the other may be damaging to the child, litigation by one against the other over a protracted period may well be even more damaging.

For these reasons, I cannot accept that a breach of the statutorily authorized order in the present case gives rise to a fiduciary relationship on which a cause of action can be grounded.

#### Conclusion

No possible basis for a cause of action having been presented, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—The central issue in this case is whether the courts should recognize a common law parental right of access to children or, alternatively, a right to recover damages for interference with an order for access made by a court pursuant to statutory authority. The issue arises in the context of an application to strike out the plaintiff's statement of claim as disclosing no reasonable cause of action. Because this is the context there is no evidence in the record to support the allegations made in the statement of claim but, in accordance with well-established principles, the facts as pleaded must for this limited purpose be taken as proved.

#### 1. The Facts

In September 1962, the appellant (plaintiff) and the respondent Eleanor Smith were married in

G. McLeod, «Annotation» to *O'Byrne v. Koressec* (1986), 2 R.F.L. (3d) 104, à la p. 105. C'est parce qu'ils peuvent réduire les ressources du parent qui a la garde et parce que l'enfant peut souffrir de savoir qu'un de ses parents a pris une mesure aussi draconienne contre l'autre. Cela est applicable, et à certains égards avec encore plus de force, à une action en justice. Des dommages-intérêts peuvent imposer un fardeau financier beaucoup plus grand que l'amende maximale de 1 000 \$ qui peut être imposée en vertu de la Loi (par. 39(1)). En outre, bien que l'incarcération d'un parent sur l'instigation de l'autre puisse être dommageable pour l'enfant, un procès mené par l'un des parents contre l'autre sur une période prolongée peut être encore bien plus dommageable.

Pour ces motifs, je ne peux accepter qu'une violation de l'ordonnance autorisée par la loi en l'espèce donne naissance à des rapports fiduciaires qui puissent fonder une cause d'action.

#### Conclusion

Comme on n'a montré aucun fondement possible d'une cause d'action, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—La question principale soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si les tribunaux devraient reconnaître en *common law* aux parents un droit de visite à l'égard des enfants ou, subsidiairement, un droit de recouvrer des dommages-intérêts pour la violation d'une ordonnance accordant un droit de visite rendue par un tribunal en application d'une disposition législative. La question est soulevée dans le contexte d'une demande de radiation de la déclaration du demandeur parce qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action. Dans ce contexte, il n'y a aucun élément de preuve dans le dossier à l'appui des allégations contenues dans la déclaration mais, conformément à des principes bien établis, les faits rapportés dans les plaidoiries doivent à cette fin précise être considérés comme prouvés.

#### 1. Les faits

En septembre 1962, l'appellant (demandeur) et l'intimée Eleanor Smith se sont mariés à Winni-



Winnipeg. In the ensuing years they had three children. The eldest, Richard, was born in 1963; Kathleen was born in 1967 and the youngest, Diane, was born in 1969. In November 1970 Eleanor Smith left the appellant to live with another man. She subsequently returned to the matrimonial home in Montréal for a brief period of time. However, she left again, ostensibly to stay with her parents in Winnipeg and to seek counselling. She took the children with her. Once in Winnipeg she instituted proceedings for their custody. At some stage—it is not clear from the pleadings precisely when—the appellant took similar steps in Manitoba. On August 12, 1971 a judge of the Family Court in Winnipeg awarded Eleanor Smith custody of the three children. The appellant was awarded “generous visiting privileges”.

Some time around February 1972, Eleanor Smith and the co-defendant Johnston Smith began living together. During 1973 they left Winnipeg and took the children with them. They did not tell the appellant that they were leaving the city. After several months of searching the appellant managed to locate his children who were with the respondents in Toronto. He was prevented from seeing his children. The respondents told him “You are not their father. Stay away from them”. So the appellant applied to the Ontario courts to spell out his access rights more specifically. On November 22, 1974, Master Davidson of the Supreme Court of Ontario ordered Eleanor Smith to provide specified access to the appellant so that he could see and spend time with his children. A further order for access was made by Master Davidson in January 1975. In October 1976 the appellant went to Toronto to see his children but found the house deserted and no indication where the children or the respondents had gone. The respondents knew the appellant was coming to Toronto to see his children on that occasion. It took the appellant six months of searching to find them. They were living with the respondents in Denver, Colorado. On being discovered there, they all moved back to Toronto.

peg. Dans les années qui ont suivi, ils ont eu trois enfants. L'aîné, Richard, est né en 1963; Kathleen est née en 1967 et la cadette, Diane est née en 1969. En novembre 1970, Eleanor Smith a quitté l'appellant pour vivre avec un autre homme. Elle est par la suite revenue au domicile conjugal à Montréal pendant une brève période de temps. Toutefois, elle l'a quitté à nouveau, apparemment pour aller demeurer chez ses parents à Winnipeg et se faire conseiller. Elle a emmené les enfants avec elle. Une fois rendue à Winnipeg, elle a engagé des procédures en vue d'en obtenir la garde. À un certain moment, il ne ressort pas clairement des plaidoiries à quel moment précis, l'appellant a pris des mesures semblables au Manitoba. Le 12 août 1971, un juge du tribunal de la famille à Winnipeg a accordé à Eleanor Smith la garde des trois enfants. L'appellant a obtenu de [TRADUCTION] «généreux privilèges de visite».

Vers février 1972, Eleanor Smith et le codéfendeur Johnston Smith ont commencé à vivre ensemble. Au cours de 1973, ils ont quitté Winnipeg et ont emmené les enfants avec eux. Ils n'ont pas dit à l'appellant qu'ils quittaient la ville. Après plusieurs mois de recherches, l'appellant a réussi à retrouver ses enfants qui étaient à Toronto avec les intimés. On l'a empêché de voir ses enfants. Les intimés lui ont dit [TRADUCTION] «Tu n'es pas leur père. Ne t'approche pas d'eux». Alors l'appellant a demandé aux tribunaux de l'Ontario de préciser ses droits de visite. Le 22 novembre 1974, le protonotaire Davidson de la Cour suprême de l'Ontario a ordonné à Eleanor Smith d'accorder un droit de visite déterminé à l'appellant pour qu'il puisse voir ses enfants et passer du temps avec eux. Le protonotaire Davidson a rendu une autre ordonnance relative au droit de visite en janvier 1975. En octobre 1976, l'appellant est allé à Toronto pour voir ses enfants, mais il a trouvé la maison vide sans aucune indication de l'endroit où les enfants ou les intimés étaient allés. Les intimés savaient que l'appellant venait à Toronto pour voir ses enfants à cette occasion. Il a fallu six mois de recherches à l'appellant pour les retrouver. Ils vivaient avec les intimés à Denver, au Colorado. Lorsqu'ils ont été découverts, ils sont tous revenus à Toronto.

The appellant pleads that from 1972 on, the respondents made it extremely difficult, if not impossible, for him to have any contact with his children. They deliberately limited or prevented telephone contact. They diverted the letters and gifts he sent them. They also instructed the children not to attempt to contact the appellant. The children were told not to use their real surname, Frame; they were to use the surname, Smith. Against the express wishes of the appellant the children's religion was changed by the respondents. Throughout the years the respondents told the children that the appellant was not their father, that they were to regard Johnston Smith as their father.

The appellant has since 1972 expended considerable amounts of money trying to maintain his relationship with his children. He has sought the assistance of the courts to no avail. The respondents' behaviour has frustrated him at every turn. Moreover, since 1977 the appellant has had to seek medical treatment for severe depression resulting from the respondents' conduct. They have effectively deprived him of a normal, meaningful parent-child relationship or, indeed, of any relationship at all with his children.

In April 1982 the appellant issued a writ against the respondents in the Supreme Court of Ontario. A statement of claim was filed some months later. It contained several allegations concerning the respondents' interference with the appellant's access to his children and identified a number of heads under which the cause of action might be subsumed including wilful infliction of harm on the appellant, intentional interference with a legal right of the appellant and conspiracy to do either or both. The appellant sought general damages of \$1,000,000, punitive damages of \$500,000 and special damages estimated at \$25,000. He did not seek access to his children as they were by that time all over fifteen years of age and his relationship with them had been completely destroyed.

L'appellant soutient que, depuis 1972, les intimés ont fait en sorte qu'il lui soit extrêmement difficile, voire impossible, d'avoir des contacts avec ses enfants. Ils ont délibérément limité ou interdit les communications téléphoniques. Ils ont intercepté les lettres et les cadeaux qu'il leur avait envoyés. Ils ont également dit aux enfants de ne pas tenter de communiquer avec l'appellant. Ils ont dit aux enfants de ne pas utiliser leur véritable nom de famille, Frame; ils devaient utiliser le nom de famille Smith. Les intimés ont changé la religion des enfants contre la volonté expresse de l'appellant. Au cours des années, les intimés ont dit aux enfants que l'appellant n'était pas leur père, qu'ils devaient considérer Johnston Smith comme leur père.

Depuis 1972, l'appellant a dépensé des sommes d'argent importantes pour tenter de maintenir ses rapports avec ses enfants. Il a cherché en vain à obtenir l'aide des tribunaux. Le comportement des intimés l'a constamment frustré. En outre, depuis 1977, l'appellant a dû suivre des traitements médicaux en raison d'une grave dépression imputable à la conduite des intimés. Ils l'ont en fait privé des rapports normaux et significatifs parent-enfant ou, d'ailleurs, de tous rapports avec ses enfants.

En avril 1982, l'appellant a intenté une action contre les intimés en Cour suprême de l'Ontario. Une déclaration a été déposée quelques mois plus tard. Elle contenait plusieurs allégations concernant la violation par les intimés du droit de visite de l'appellant et identifiait plusieurs points parmi lesquels pourrait se trouver la cause d'action, notamment causer volontairement un préjudice à l'appellant, l'atteinte intentionnelle au droit légal de l'appellant et le complot à cet effet. L'appellant a demandé des dommages-intérêts généraux de 1 000 000 \$, des dommages-intérêts punitifs de 500 000 \$ et des dommages-intérêts spéciaux évalués à 25 000 \$. Il n'a pas cherché à obtenir de droit de visite car ses enfants étaient tous à ce moment-là âgés de plus de quinze ans et ses rapports avec eux avaient été complètement détruits.

## 2. The Courts Below

In response to the statement of claim counsel for the respondents moved under Rule 126 of the *Ontario Rules of Practice* for an order striking it out as disclosing no reasonable cause of action. Boland J., considering herself bound by the earlier decision of Gray J. in *Schrenk v. Schrenk* (1981), 32 O.R. (2d) 122, aff'd (1982), 36 O.R. (2d) 480 (C.A.), made the order.

The appellant appealed to the Ontario Court of Appeal. His appeal failed. In an endorsement on the record Blair J.A. indicated that the court was unable to distinguish this claim from the claim in *Schrenk, supra*, and he saw no reason to depart from the position taken in that case.

## 3. The Issue

### (i) *General Considerations*

The appellant argues that all the elements of a cause of action have been pleaded, namely wilful infliction of harm or intentional interference with a legal right. He adds that these causes of action are not prohibited by s. 69(4) of the *Family Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 152, which provides as follows:

69. ...

(4) No action shall be brought by a parent for the enticement, harbouring, seduction or loss of services of his or her child or for any damages resulting therefrom.

In substance, the appellant's case rests on the premise that tort liability is founded on a general principle of liability for wilful damage subject to certain exceptions. Accordingly, he argues, the abrogation of certain heads of liability by s. 69(4) of the *Family Law Reform Act* only negates a claimant's ability to recover for the infliction of harm in those specific situations. The appellant argues that the harm he has experienced falls outside these discrete categories and is therefore actionable.

## 2. Les tribunaux d'instance inférieure

En réponse à la déclaration, l'avocat des intimés s'est fondé sur la règle 126 des *Règles de pratique de l'Ontario* pour en demander la radiation pour le motif qu'elle ne comportait aucune cause d'action raisonnable. Le juge Boland, se considérant liée par la décision précédente du juge Gray dans l'arrêt *Schrenk v. Schrenk* (1981), 32 O.R. (2d) 122, conf. (1982), 36 O.R. (2d) 480 (C.A.), a rendu l'ordonnance de radiation.

L'appelant a interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario. Il a été débouté. Dans une note écrite sur le dossier, le juge Blair a indiqué que la cour n'était pas en mesure d'établir une distinction entre cette demande et celle de l'affaire *Schrenk*, précitée, et il ne voyait aucun motif pour s'écarter de la position adoptée dans cette affaire.

## 3. La question en litige

### (i) *Considérations d'ordre général*

L'appelant soutient que tous les éléments d'une cause d'action ont été plaidés, savoir l'infliction intentionnelle d'un préjudice ou l'atteinte intentionnelle à un droit légal. Il ajoute que le par. 69(4) de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, L.R.O. 1980, chap. 152, n'interdit pas ces causes d'action:

69. ...

(4) La demande fondée sur l'entraînement, le recel, la séduction ou la perte des services de l'enfant du demandeur n'est plus recevable. Il en est de même de la demande de dommages-intérêts pour cette cause.

En substance, les arguments de l'appelant se fondent sur la prémisse que la responsabilité délictuelle est fondée sur un principe général de responsabilité pour les dommages causés intentionnellement, sous réserve de certaines exceptions. Par conséquent, soutient-il, l'abrogation de certains chefs de responsabilité par le par. 69(4) de la *Loi portant réforme du droit de la famille* enlève à un requérant la possibilité de recouvrer des dommages-intérêts pour un préjudice causé dans ces seules situations précises. L'appelant soutient que le préjudice qu'il a subi ne s'inscrit pas dans ces catégories précises et ouvre donc droit à une action.

The appellant's argument is reminiscent of one side of a debate begun in the last century which is yet to be resolved. It has been described in Solomon, Feldthusen and Mills, *Cases and Materials on the Law of Torts* (2nd ed. 1986), as follows (at p. 6):

Initially, the search for a theoretical basis for tort law centred on the issue of whether there was a general principle of tortious liability. Sir John Salmond argued that tort law was merely a patchwork of distinct causes of action, each protecting different interests and each based on separate principles of liability [see Salmond, *The Law of Torts* (6th ed., 1924) at pp. 9-10]. Essentially the law of torts was a finite set of independent rules, and the courts were not free to recognize new heads of liability. In contrast, writers such as Pollock contended that the law of torts was based upon the single unifying principle that all harms were tortious unless they could be justified [see Pollock, *The Law of Torts* (13th ed., 1929) at p. 21]. The courts were thus free to recognize new torts. Glanville Williams suggested a compromise between the two viewpoints. He argued that tort law historically exhibited no comprehensive theory, but that the existing categories of liability were sufficiently flexible to enable tort law to grow and adapt.

While it would perhaps be interesting for the Court to join in this debate, I think that Glanville Williams' pragmatic resolution of the question correctly characterizes the task before the Court when confronted with a heretofore unprecedented basis for liability: see Williams, "The Foundations of Tortious Liability" (1939), 7 *Cambridge Law J.* 111. He wrote (at p. 131):

Why should we not settle the argument by saying simply that there are some general rules creating liability (recognizing the plaintiff's interest, conferring upon him a right not to be damaged), and some equally general rules exempting from liability (refusing to recognize the plaintiff's interest, or recognizing a conflicting interest in the defendant, and thus conferring a privilege upon the defendant to cause damage)? Between the two is a stretch of disputed territory, with the Courts as an unbiased boundary commission. If, in an unprovided case, the decision passes for the plaintiff, it will be not because of a general theory of liability but because the

L'argument de l'appelant rappelle une position adoptée dans un débat commencé au siècle dernier et qui n'est pas encore terminé. Il a été décrit dans Solomon, Feldthusen and Mills, *Cases and Materials on the Law of Torts* (2nd ed. 1986) de la manière suivante (à la p. 6):

[TRADUCTION] Au départ, la recherche d'un fondement théorique pour le droit des délits se concentrait sur la question de savoir s'il y avait un principe général en matière de responsabilité délictuelle. Sir John Solomon a soutenu que le droit des délits était simplement un ensemble disparate de cause d'actions distinctes, chacune protégeant différents intérêts et chacune étant fondée sur des principes distincts de responsabilité [voir Salmond, *The Law of Torts* (6th ed., 1924) aux pp. 9 et 10]. Essentiellement, le droit des délits était un ensemble limité de règles indépendantes et les tribunaux n'étaient pas libres de reconnaître de nouveaux chefs de responsabilité. Par ailleurs, des auteurs tel Pollock ont soutenu que le droit des délits était fondé sur le seul principe unificateur selon lequel tous les préjudices étaient délictuels à moins qu'ils ne puissent être justifiés [voir Pollock, *The Law of Torts* (13th ed., 1929) à la p. 21]. Les tribunaux étaient ainsi libres de reconnaître de nouveaux délits. Glanville Williams a proposé un compromis entre ces deux opinions. Il a soutenu que le droit des délits n'est historiquement pas fondé sur une théorie générale, mais que les catégories existantes de responsabilité sont néanmoins suffisamment souples pour permettre au droit des délits de croître et de s'adapter.

Bien qu'il soit sans doute intéressant que la Cour participe à ce débat, je crois que la solution pragmatique de la question que propose Glanville Williams caractérise de manière appropriée la tâche qui incombe au tribunal lorsqu'il est aux prises avec un fondement de responsabilité jusque-là sans précédent: voir Williams, «The Foundations of Tortious Liability» (1939), 7 *Cambridge Law J.* 111. Il a écrit (à la p. 131):

[TRADUCTION] Pourquoi ne réglerions-nous pas la querelle en disant simplement qu'il existe certaines règles générales créant la responsabilité (reconnaissant l'intérêt du demandeur, lui conférant un droit de ne pas subir de préjudice), et certaines règles également générales l'exemptant de la responsabilité (refusant de reconnaître l'intérêt du demandeur ou reconnaissant un intérêt contradictoire au défendeur et conférant donc un privilège au défendeur de causer des dommages)? Il y a entre les deux une zone contestée et les tribunaux constituent une commission impartiale chargée de contrôler les frontières. Si, dans un cas non prévu, la décision favorise le

Court feels that here is a case in which existing principles of liability may properly be extended.

Thus, whatever one considers the theoretical foundation of liability to be, it is not enough for the appellant simply to invoke a general principle of freedom from harm. Rather, he must show why "existing principles of liability may properly be extended", that is, he must identify the nature of the right he invokes and justify its protection. But the appellant in the circumstances of this case must do more. Because he is claiming protection for a right involving the well-being of children, in addition to justifying its protection by an existing principle of liability, the appellant must also satisfy the Court that to afford legal protection for such a right would be in the best interests of children.

The award of a court order of custody to one parent and access to the other is premised on the existence of a relationship between the custodial parent and the child and another relationship between the non-custodial parent and the child, the maintenance and development of both relationships being considered by the court making the order to be in the best interests of the child. But the bitterness arising from litigation brought by one parent against the other may result in the destruction of one or both of the child's relationships. At the very least it may cause conflict in the child's loyalties. This cannot be in the child's best interests and the traumatization and upset caused by it can clearly be detrimental.

By the same token, however, it clearly cannot be in the best interests of children to have custodial parents defy with impunity court orders designed to preserve their relationship with their non-custodial parents. The order for access to the non-custodial parent would not have been made had it not been found by the trial judge to be in the child's best interests. Accordingly, the custodial parent who denies access to the other parent is sacrificing the child's best interests as so found to his or her own selfish interests and this would appear, as a

demandeur, ce ne sera pas en raison d'une théorie générale de la responsabilité, mais parce que le tribunal sera d'avis qu'il s'agit d'un cas où les principes existants de responsabilité peuvent à bon droit être élargis.

<sup>a</sup> Par conséquent, peu importe ce qu'on considère être le fondement théorique de la responsabilité, il n'est pas suffisant que l'appelant invoque simplement un principe général de droit de ne pas subir de préjudice. Il doit plutôt démontrer pour quelle raison «les principes existants de responsabilité peuvent à bon droit être élargis», c'est-à-dire qu'il doit identifier la nature du droit qu'il invoque et justifier sa protection. Toutefois, l'appelant dans les circonstances de l'espèce doit aller plus loin. Étant donné qu'il réclame la protection d'un droit visant le bien-être des enfants, en plus de justifier sa protection par un principe existant de responsabilité, l'appelant doit également convaincre le tribunal qu'accorder une protection juridique à un tel droit serait dans l'intérêt véritable des enfants.

L'ordonnance judiciaire qui attribue la garde à un parent et le droit de visite à l'autre est fondée sur l'existence d'un rapport entre le parent gardien et l'enfant et d'un autre rapport entre le parent non gardien et l'enfant, le maintien et l'élaboration de ces deux rapports étant considérés par le tribunal qui rend l'ordonnance dans l'intérêt véritable de l'enfant. Toutefois, l'amertume qui découle du litige engagé par un parent contre l'autre peut entraîner la destruction de l'un des rapports de l'enfant ou des deux. À tout le moins, elle peut causer un conflit dans les loyautés de l'enfant. Cela ne peut être dans l'intérêt véritable de l'enfant, et le traumatisme et le bouleversement qui sont causés peuvent de toute évidence être préjudiciables.

<sup>h</sup> D'ailleurs, il ne peut évidemment pas être dans l'intérêt véritable de l'enfant que les parents qui en ont la garde défient impunément les ordonnances du tribunal destinées à conserver ses rapports avec les parents qui n'ont pas la garde. L'ordonnance attributive du droit de visite au parent non gardien n'aurait pas été rendue si le juge de première instance n'avait pas conclu qu'elle était dans l'intérêt véritable de l'enfant. Par conséquent, le parent gardien qui refuse le droit de visite à l'autre parent sacrifie l'intérêt véritable de l'enfant ainsi établi à

general principle at least, to favour a policy of intervention by the law to protect the child's best interests in such circumstances. This is not to deny that in specific cases that general policy of intervention in order to uphold what has been found to be in the child's best interests may have to yield to a greater threat to the child's interests arising from the fact of litigation by one parent against the other. It is simply to say that the limits on any cause of action which the law might recognize would have to be the result of a weighing of the positive against the negative factors impacting on the children.

The proper test for the disposition of a motion under Rule 126 (now Rule 21.01(1)(b)) to strike out a statement of claim as disclosing no cause of action must also be borne in mind. It is well established that the power to strike is to be exercised sparingly and only when there is no doubt that no cause of action exists: see *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Moore Dry Kiln Co. of Canada Ltd. v. Green Cedar Lumber Co.* (1982), 37 O.R. (2d) 300 (H.C.) It is also well established that "a pleading should not be struck out unless it is incurable by a proposed amendment": *Dominion Bank v. Jacobs*, [1951] O.W.N. 421, at p. 423. While the normal rule in such motions is that any doubt is to be resolved in favour of finding the existence of the cause of action and permitting the action to proceed, given the overriding importance of ensuring that such litigation is in the best interests of the children in a particular case, the court may impose a more stringent standard before it allows the action to be brought.

With these considerations in mind, I turn to an examination of the various causes of action advanced by the appellant.

ses propres intérêts égoïstes et cela paraîtrait, du moins à titre de principe général, favoriser une politique législative d'intervention en vue de protéger l'intérêt véritable de l'enfant dans ces circonstances. Cela n'a pas pour effet de nier que, dans des cas précis, cette politique générale d'intervention pour le maintien de ce qu'on a estimé être dans l'intérêt véritable de l'enfant puisse devoir céder devant une plus grande menace à l'égard des intérêts de l'enfant qui découle de procédures judiciaires d'un parent contre l'autre. Cela signifie simplement que les limites imposées à toute cause d'action qui pourrait être reconnue par la loi devraient découler d'une évaluation des effets qu'ont des facteurs positifs par rapport aux facteurs négatifs sur les enfants.

Il faut également garder à l'esprit le critère approprié pour trancher une requête aux termes de la règle 126 (maintenant la règle 21.01(1)(b)) en radiation d'une déclaration parce qu'elle ne révèle aucune cause d'action. Il est bien établi que le pouvoir de radiation doit être exercé avec modération et seulement lorsqu'il est certain qu'il n'y a aucune cause d'action. Voir *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Moore Dry Kiln Co. of Canada Ltd. v. Green Cedar Lumber Co.* (1982), 37 O.R. (2d) 300 (H.C.) De plus, il est bien établi qu' [TRADUCTION] «un acte de procédures ne devrait pas être radié à moins qu'il ne puisse pas être corrigé par une modification proposée»: *Dominion Bank v. Jacobs*, [1951] O.W.N. 421, à la p. 423. Bien que, selon la règle normale vis-à-vis de ces requêtes, tout doute doive être interprété de manière à reconnaître l'existence de la cause d'action et à permettre que l'action puisse suivre son cours, compte tenu de l'importance primordiale d'assurer qu'un procès particulier est dans l'intérêt véritable de l'enfant, le tribunal peut imposer une norme plus stricte avant de permettre que l'action puisse être intentée.

Tenant compte de ces considérations, j'examine maintenant les diverses causes d'actions présentées par l'appellant.

(ii) *Possible Causes of Action*

The appellant correctly notes that s. 69(4) of the *Family Law Reform Act*, *supra*, abolishes the old actions of enticement, harbouring or seduction and loss of services. As well, it should be added that this Court has already unanimously rejected "alienation of affections" as a separate head of liability: see *Kungl v. Schiefer*, [1962] S.C.R. 443. In that case Cartwright J. held that there was no separate action for alienation apart from an action for criminal conversation or enticement. Now that these causes of action have been abolished by the *Family Law Reform Act*, clearly no recovery can be permitted for "alienation of affections" in respect of these causes of action. The appellant advances a number of other causes of action.

(a) *Conspiracy*

Counsel for the appellant submitted that the tort of conspiracy was available to the appellant. This Court in *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452, at pp. 471-72, while conceding that "the law concerning the scope of the tort of conspiracy is far from clear", held that the law of torts recognizes a conspiracy claim against two or more defendants if:

- (1) whether the means used by the defendants are lawful or unlawful, the predominant purpose of the defendant's conduct is to cause injury to the plaintiff; or,
- (2) where the conduct of the defendants is unlawful, the conduct is directed towards the plaintiff (alone or together with others), and the defendants should know in the circumstances that injury to the plaintiff is likely to and does result.

This case would seem to fit within either of these two branches. The plaintiff may well be able to establish at trial that the predominant purpose of the defendants' conduct was to cause injury to the plaintiff. In addition, since the defendants' conduct in violating the court order was unlawful, if it is proved at trial that the conduct was directed at the plaintiff and that the defendants should have

(ii) *Des causes d'action*

L'appelant souligne à juste titre que le par. 69(4) de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, précitée, abolit les anciennes actions fondées sur l'entraînement, le recel, la séduction ou la perte des services. De même, il convient d'ajouter que cette Cour a déjà rejeté à l'unanimité le «détournement d'affection» à titre de chef distinct de responsabilité: voir *Kungl v. Schiefer*, [1962] R.C.S. 443. Dans cet arrêt, le juge Cartwright a conclu qu'il n'y avait pas d'action distincte fondée sur le détournement, si ce n'est une action pour adultère ou séduction. Maintenant que ces causes d'action ont été abolies par la *Loi portant réforme du droit de la famille*, de toute évidence aucun recouvrement ne peut être permis pour le «détournement d'affection» à l'égard de ces causes d'action. L'appelant plaide un certain nombre d'autres causes d'action.

a) *Le complot*

L'avocat de l'appelant a soutenu que celui-ci pouvait faire valoir le délit civil de complot. Cette Cour, dans l'arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452, aux pp. 471 et 472, tout en admettant que «le droit soit loin d'être clair sur l'étendue du délit civil de complot», a conclu qu'en droit des délits il est possible d'exercer contre deux défendeurs ou plus un recours délictuel pour complot si:

- (1) indépendamment du caractère légal ou illégal des moyens employés, la conduite des défendeurs vise principalement à causer un préjudice au demandeur; ou
- (2) lorsqu'il s'agit d'une conduite illégale, elle est dirigée contre le demandeur seul ou contre lui et d'autres personnes en même temps et que les défendeurs eussent dû savoir dans les circonstances que le préjudice subi par le demandeur était une conséquence probable.

Il semblerait que l'espèce s'inscrive dans l'une ou l'autre de ces deux situations. Le demandeur peut très bien être en mesure d'établir au procès que la conduite des défendeurs avait principalement pour but de lui causer un préjudice. De plus, étant donné que la conduite des défendeurs était illégale parce qu'elle violait l'ordonnance du tribunal, si on démontre au procès que la conduite visait le

known that injury to the plaintiff was likely to and did result, this case would fall squarely within the second branch. In my view, therefore, given this Court's holding in *Canada Cement LaFarge Ltd.*, *supra*, this tort is capable of extension to the family law context. The real question is whether such an extension should be permitted.

It would be my view that the tort of conspiracy should not be extended to the family law context. Although "the law concerning the scope of the tort of conspiracy is far from clear" the criticisms which have been levelled at the tort give good reason to pause before extending it beyond the commercial context. As was said by Estey J. in *Canada Cement LaFarge Ltd.*, at p. 473:

The tort of conspiracy to injure, even without the extension to include a conspiracy to perform unlawful acts where there is a constructive intent to injure, has been the target of much criticism throughout the common law world. It is indeed a commercial anachronism as so aptly described by Lord Diplock in *Lonrho* . . . . In fact, the action may have lost much of its usefulness in our commercial world, and survives in our law as an anomaly.

The criticisms of the tort to which Estey J. refers focus on the rationale for the tort and thus are not confined to the commercial context but extend to other contexts as well. The rationale of the tort was explained by Bowen L.J. in *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow, and Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598 (C.A.), at p. 616:

... a combination may make oppressive or dangerous that which if proceeded only from a single person would be otherwise . . . .

Noting that in many cases this "totem of numbers" is demonstrably false, one commentator asserts that "the question of abolishing . . . conspiracy to injure must be seriously considered": Peter Burns, "Civil Conspiracy: An Unwieldy Vessel Rides a Judicial Tempest" (1982), 16

demandeur et que les défendeurs auraient dû savoir que le demandeur était susceptible de subir un préjudice et qu'il en a en fait subi un, cette affaire correspondrait directement à la seconde situation. Donc, à mon avis, étant donné la décision de cette Cour dans l'affaire *Ciments Canada LaFarge Ltée*, précitée, ce délit civil peut être étendu au contexte du droit de la famille. La véritable question est de savoir si une telle extension devrait être permise.

Je suis d'avis que le délit civil de complot ne devrait pas être étendu au contexte du droit de la famille. Bien que «le droit soit loin d'être clair sur l'étendue du délit civil de complot», les critiques à l'égard de ce délit constituent un bon motif pour qu'on hésite à l'étendre au-delà du contexte commercial. Comme l'a dit le juge Estey dans *Ciments Canada LaFarge Ltée*, à la p. 473:

Le délit civil de complot en vue de nuire, même s'il n'est pas étendu de manière à comprendre un complot en vue d'accomplir des actes illégaux lorsqu'il y a une intention implicite de causer un préjudice, a été la cible de nombreuses critiques partout dans le monde de la *common law*. Comme l'indique si bien lord Diplock dans l'arrêt *Lonrho* [. . .] il s'agit réellement d'un anachronisme commercial. En fait, il est possible que dans le contexte commercial actuel cette action ait perdu en grande partie son utilité et qu'elle survive comme une anomalie dans notre droit.

Les critiques à l'égard du délit civil auquel le juge Estey fait allusion portent sur la justification rationnelle du délit et ne se limitent donc pas au contexte commercial mais s'étendent à d'autres contextes également. La justification rationnelle du délit a été expliquée par le lord juge Bowen dans l'arrêt *Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow, and Co.* (1889), 23 Q.B.D. 598 (C.A.), à la p. 616:

[TRADUCTION] . . . une combinaison qui peut rendre oppressif ou dangereux ce qui ne le serait pas si cela provenait d'une seule personne . . . .

En soulignant que dans un grand nombre de cas le caractère erroné de cet «anoblissement de la quantité» peut être démontré, un auteur affirme que [TRADUCTION] «la question de l'abolition [. . .] du complot en vue de nuire doit être sérieusement envisagée»: Peter Burns, «Civil Conspiracy: An



*U.B.C. L. Rev.* 229, at p. 254. Another commentator notes that the tort “rests rather shakily on a notion of plurality which derives more from magic than reason”: Peter G. Heffey, “The Survival of Civil Conspiracy: A Question of Magic or Logic” (1975), 1 *Monash Univ. Law Rev.* 136. This Court, however, affirmed the ongoing existence of the tort in *Canada Cement LaFarge Ltd.* Estey J. stated at p. 473:

... it is now too late in the day to uproot the tort of conspiracy to injure from the common law. No doubt the reaction of the courts in the future will be to restrict its application for the very reasons that some now advocate its demise.

In light of these comments I would not extend the tort of civil conspiracy to the custody and access context. Such an extension would not be consistent with the rationale expressed in *Mogul* namely that the tort be available where the fact of combination creates an evil which does not exist in the absence of combination. I do not believe that in cases such as the one at bar the combination makes “oppressive or dangerous that which if proceeded only from a single person would be otherwise”. The conduct of the custodial parent, if proven, is equally “oppressive or dangerous” whether done singly or in combination. If the tort of conspiracy is applied to the facts of this case, an arbitrary and unjustifiable distinction would emerge. The alleged conspiracy by the defendants would be actionable but the same conduct done by the spouse alone would not be actionable (for reasons to be discussed *infra*). The differing treatment of these two situations for no principled reason and, indeed, the lack of any principle supporting the extension of the tort to the “conspiracy” in this case, lead me to conclude that this tort should not be extended to the family law context.

Another rather arbitrary distinction inherent in the conspiracy concept is the distinction between an actual agreement (actionable) and a likely but unproven agreement (not actionable): *Mulcahy v.*

*Unwieldy Vessel Rides a Judicial Tempest* (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 229, à la p. 254. Un autre auteur souligne que ce délit civil [TRADUCTION] «se fonde d’une manière plutôt chancelante sur la notion de pluralité qui découle plus de la magie que la raison»: Peter G. Heffey, «The Survival of Civil Conspiracy: A Question of Magic or Logic» (1975), 1 *Monash Univ. Law Rev.* 136. Toutefois cette Cour a confirmé l’existence actuelle de ce délit civil dans l’arrêt *Ciments Canada LaFarge Ltée*. Le juge Estey a dit à la p. 473:

... il est maintenant trop tard pour déraciner de la *common law* le délit civil de complot en vue de nuire. Sans aucun doute, les cours tenteront dans l’avenir, pour les mêmes motifs que certains invoquent actuellement à l’appui de sa suppression, de limiter l’application de ce délit civil.

Compte tenu de ces observations, je suis d’avis de ne pas étendre le délit civil de complot au contexte de la garde des enfants et du droit de visite. Une telle extension ne serait pas compatible avec le raisonnement exprimé dans l’arrêt *Mogul*, savoir que le délit doit exister lorsque la combinaison crée un préjudice qui n’existe pas en l’absence de combinaison. Je ne crois pas que dans des affaires comme l’espèce la combinaison rende «oppressif ou dangereux ce qui ne le serait pas si cela provenait d’une seule personne». La conduite du parent gardien de l’enfant, si elle est démontrée, est également «oppressive ou dangereuse» qu’elle soit isolée ou combinée. Si on appliquait le délit civil de complot aux faits de l’espèce, il en découlerait une distinction arbitraire et injustifiable. Le complot reproché aux défendeurs ouvrirait droit à une action mais pas la même conduite de l’épouse seule (pour des motifs qui seront discutés ci-après). Le traitement différent qui s’applique à ces deux situations pour aucun motif de principe et, en fait, l’absence de tout principe à l’appui de l’extension du délit civil au «complot» dans cette affaire, m’amènent à conclure que ce délit civil ne devrait pas être étendu au contexte du droit de la famille.

La distinction qui existe entre une entente réelle (qui ouvre droit à une action) et une entente vraisemblable mais non démontrée (qui n’ouvre pas droit à une action) constitue une autre distinc-

*The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306. Proving such an agreement is a very difficult task. Resolving this difficulty in the family law context by extending the tort to “likely” agreements or “presumed” agreements would, in effect, presume the spouse’s “friend” liable merely because of his or her association with the custodial spouse, a rather drastic step.

But the paramount concern in extending the tort of conspiracy into the family law context is, I think, that such an extension would not be in the best interests of children. If the tort only applies to conduct in combination it would do little to encourage the maintenance and development of a relationship between both parents and their children. Yet it would be tailor-made for abuse. It would lend itself so readily to malicious use by one spouse against the other. The fact that the action is against not only the ex-spouse but also his or her “friend” may well provide an incentive to the plaintiff to litigate. Moreover, a single “agreement” to deny the plaintiff one visitation would be actionable and the success of that action would depend largely on uncertain evidence of agreement and intention as to which each party might be expected to take a fundamentally different view. These factors—incentive to litigate, low threshold for actionability, uncertainty of success and issues of credibility with respect to the crucial evidence—suggest frequent resort to this cause of action as a “weapon” with little possibility of amicable settlement. These concerns are aggravated by the fact that, if the tort of conspiracy were introduced into the family law context, it would be difficult to restrict it to the area of custody and access. Acts which contributed to marriage breakdown would also be actionable as conspiracy and the potential for detrimental impact on the children could be substantial. Having regard to the overriding concern for the best interests of the children, I am not

tion plutôt arbitraire propre au concept de complot: *Mulcahy v. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306. Il est très difficile de démontrer une telle entente. Surmonter cette difficulté dans le contexte du droit de la famille en étendant ce délit civil aux ententes «vraisemblables» ou «présumées» aurait, en fait, pour effet de présumer que l’«ami» du conjoint est responsable simplement en raison de ses relations avec l’époux gardien de l’enfant, ce qui serait une mesure plutôt draconienne.

Toutefois, la préoccupation principale dans l’extension du délit civil de complot au contexte du droit de la famille est, à mon avis, que cette extension ne serait pas dans l’intérêt véritable de l’enfant. Si le délit civil ne s’applique qu’à la conduite combinée de deux personnes, cela n’aura pas pour effet d’encourager le maintien et le développement de rapports entre les parents et leurs enfants. Cela favoriserait même les abus. Un époux pourrait trop facilement l’utiliser de façon malveillante contre l’autre. Le fait que l’action soit dirigée non seulement contre l’ex-conjoint mais également contre son «ami» peut très bien donner une bonne raison au demandeur d’agir. En outre, une simple «entente» pour refuser au demandeur une seule visite pourrait ouvrir droit à une action et le succès de cette action dépendrait en grande partie d’éléments de preuve incertains relativement à l’entente et à l’intention, et on peut s’attendre à ce que chaque partie adopte une position fondamentalement différente. Ces facteurs—l’incitation à poursuivre, la facilité avec laquelle le droit d’intenter une action est reconnu, l’incertitude du succès et les questions de crédibilité en ce qui a trait aux éléments de preuve importants—laissent entrevoir un recours fréquent à cette cause d’action comme «arme» et très peu de possibilités de règlement à l’amiable. Ces préoccupations sont aggravées par le fait que si le délit civil de complot était introduit dans le contexte du droit de la famille, il serait difficile de le restreindre au domaine de la garde et du droit de visite. Les actes qui ont contribué à la dissolution du mariage pourraient également ouvrir droit à une action à titre de complot et la possibilité d’effet préjudiciable à l’égard des enfants serait importante. Compte tenu de la préoccupation primordiale de l’intérêt véritable des enfants, je ne suis pas per-

persuaded that the tort of conspiracy should be extended to encompass the claim of the plaintiff.

(b) *Other Torts*

Counsel for the appellant submitted that the torts of intentional infliction of mental suffering and unlawful interference with another's relationship could cover the facts as pleaded. It may well be that the tort of intentional infliction of mental suffering could be extended to cover the facts alleged by the appellant. The requirements of this cause of action were set out in the case of *Wilkinson v. Downton*, [1897] 2 Q.B.D. 57. In that case the defendant as a "practical joke" told the plaintiff that her husband had been involved in an accident and had broken his legs. The plaintiff believed the defendant and as a result suffered nervous shock and a number of physical consequences. In granting recovery, Wright J. stated (at p. 59):

One question is whether the defendant's act was so plainly calculated to produce some effect of the kind which was produced that an intention to produce it ought to be imputed to the defendant, regard being had to the fact that the effect was produced on a person proved to be in an ordinary state of health and mind. I think that it was. It is difficult to imagine that such a statement, made suddenly and with apparent seriousness, could fail to produce grave effects under the circumstances upon any but an exceptionally indifferent person, and therefore an intention to produce such an effect must be imputed, and it is no answer in law to say that more harm was done than was anticipated, for that is commonly the case with all wrongs. The other question is whether the effect was, to use the ordinary phrase, too remote to be in law regarded as a consequence for which the defendant is answerable.

In this case, the conduct of the respondents may have been "plainly calculated to produce some effect of the kind which was produced". Certainly the conduct appears to be of the extreme and outrageous character which was held in *Wilkinson v. Downton*, *supra*, to be required before this cause of action exists. But there are a number of disadvantages associated with this tort which make me reluctant to extend it to the facts of this case. One

suadée que le délit civil de complot devrait être étendu de manière à comprendre la réclamation du demandeur.

a b) *Autres délits civils*

L'avocat de l'appelant a soutenu que les délits civils que sont le fait de causer délibérément des souffrances morales et l'ingérence illégale dans les rapports d'autrui pouvaient s'appliquer aux faits allégués. Il se peut bien que le délit civil qui consiste à causer intentionnellement des souffrances morales puisse être étendu de manière à s'appliquer aux faits allégués par l'appelant. Les exigences de cette cause d'action ont été énoncées dans l'arrêt *Wilkinson v. Downton*, [1897] 2 Q.B.D. 57. Dans cette affaire le défendeur en guise de «blague» a dit à la demanderesse que son mari avait eu un accident et s'était fracturé les jambes. La demanderesse a cru le défendeur et a donc subi un choc nerveux, ce qui a eu un certain nombre de conséquences physiques. En accordant des dommages-intérêts, le juge Wright a dit (à la p. 59):

e La première question consiste à se demander si le défendeur avait si délibérément projeté de produire un effet semblable à celui qu'il a produit qu'il faut lui imputer l'intention de le produire, compte tenu du fait que l'acte a eu un effet sur une personne qui, d'après la preuve, était en bonne santé physique et mentale. Je crois que c'était le cas. Il est difficile d'imaginer qu'une telle déclaration, faite de manière spontanée avec un caractère sérieux apparent, pourrait ne pas produire de graves effets dans les circonstances sur toute personne qui n'est pas exceptionnellement indifférente et, par conséquent, on doit imputer l'intention de produire un tel effet et dire qu'on a causé plus de tort que prévu ne constitue pas une réponse en droit, car c'est habituellement le cas de tous les préjudices. L'autre question est de savoir si l'effet était, pour utiliser l'expression habituelle, trop éloigné pour être, en droit, considéré comme une conséquence dont doit répondre le défendeur.

En l'espèce, la conduite des intimés peut avoir été délibérément projetée pour produire un effet semblable à celui qui s'est produit. La conduite paraît certainement du même caractère extrême et choquant que celui qui, dans l'arrêt *Wilkinson v. Downton*, précité, a été jugé nécessaire avant que cette cause d'action n'existe. Toutefois, il y a un certain nombre de désavantages associés à ce délit civil qui font que j'hésite à l'étendre aux faits de

such disadvantage is that a visible and provable illness caused by the defendant's action must be present for this tort to be actionable: see *Guay v. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 216, *per* Estey J. at p. 238; *Radovskis v. Tomm* (1957), 21 W.W.R. 658 (Man. Q.B.), at p. 664. This requirement is based on the need to discourage spurious claims—an especially pressing need in the family law context where unnecessary and vexatious litigation is to be discouraged. Another disadvantage associated with this tort is that, even if it were extended to cover the case at bar, it might not provide the plaintiff with the compensation that he wishes. According to John G. Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), at p. 32, “our courts, while at last admitting that injury to the nervous system is capable of causing recognisable physical harm, are not yet prepared to protect emotional security as such . . .” If such a cause of action were extended to the facts of this case the appellant would only be entitled to recover damages stemming from recognizable physical or psychopathological harm caused by the actions of the defendant. This would include only the damages stemming from the appellant's treatment for mental depression. In my view, if another cause of action better vindicates the plaintiff's interest and is in the best interests of the children, this particular cause of action should not be recognized.

Finally, and most importantly, the extension of this cause of action to the custody and access context would not appear to be in the best interests of children. Like the tort of conspiracy the tort of intentional infliction of mental suffering would be relatively ineffective in encouraging conduct conducive to the maintenance and development of a relationship between both parents and their children. It is obvious also that such a cause of action, if it were made available throughout the family law context, would have the same potential for petty and spiteful litigation and, perhaps worse, for extortionate and vindictive behaviour as the tort of conspiracy. Indeed, the tort of intentional infliction of mental suffering appears to be an ideal weapon for spouses who are undergoing a great

l'espèce. Un de ces désavantages est qu'il doit y avoir une maladie visible et prouvable, causée par l'action du défendeur pour que ce délit ouvre droit à une action: voir *Guay v. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 216, le juge Estey à la p. 238; *Radovskis v. Tomm* (1957), 21 W.W.R. 658 (B.R. Man.), à la p. 664. Cette exigence est fondée sur le besoin de décourager les fausses réclamations, un besoin spécialement pressant dans le contexte du droit de la famille où les poursuites inutiles et frivoles doivent être découragées. Un autre désavantage associé à ce délit porte que, même s'il était étendu à la présente espèce, il pourrait ne pas permettre d'accorder au demandeur l'indemnisation qu'il désire. Selon John G. Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), à la p. 32, [TRADUCTION] «nos tribunaux, tout en admettant enfin qu'une atteinte au système nerveux peut causer des dommages physiques perceptibles, ne sont pas encore prêts à protéger la sécurité émotionnelle comme telle . . . » Si une telle cause d'action était étendue aux faits de l'espèce, l'appelant aurait seulement le droit de recouvrer des dommages-intérêts découlant de dommages physiques ou psychopathologiques perceptibles, causés par les actes de la défenderesse. Cela ne comprendrait que les dommages-intérêts découlant du traitement de l'appelant pour sa dépression mentale. À mon avis, si une autre cause d'action défend mieux les intérêts du demandeur et est dans l'intérêt véritable des enfants, cette cause d'action ne devrait pas être reconnue.

Enfin, et ce qui est plus important, l'extension de cette cause d'action au contexte de la garde et du droit de visite ne paraîtrait pas être dans l'intérêt véritable des enfants. Tout comme le délit civil de complot, le délit civil qui consiste à causer intentionnellement des souffrances morales serait relativement inefficace pour encourager une conduite favorable au maintien et au développement de rapports entre les parents et leurs enfants. De plus, il est évident qu'une telle cause d'action, si elle pouvait être invoquée dans le contexte du droit de la famille serait, tout autant que le délit civil de complot, susceptible de donner lieu à des litiges mesquins et malveillants et, pire encore, à un comportement exorbitant et vindicatif. En fait, ce délit civil paraît être une arme idéale pour les

deal of emotional trauma which they believe is maliciously caused by the other spouse. It is not for this Court to fashion an ideal weapon for spouses whose initial, although hopefully short-lived objective, is to injure one another, especially when this will almost inevitably have a detrimental effect on the children. Yet, if this cause of action were extended to encompass the facts of this case, it seems to me that there is no rational basis upon which its extension to other areas of family law could be resisted. The gist of the tort is the intentional infliction of mental suffering regardless of the relationship between plaintiff and defendant. It would be available in respect of all inter-spousal conduct both before and after marital breakdown. I would therefore not extend this common law tort to the family law context where the spin-off effects on the children could only be harmful.

There would appear to be no generalized tort of "wrongful interference with another's relationship" as the appellant submits. The law of torts up to this point has protected only certain types of relationships from interference. Relief has been granted for interference with contractual relationships (e.g., *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216, 118 E.R. 749), interference through intimidation and unlawful means (e.g., *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.)), and interference with economic relations through injurious falsehood (e.g., *Ratcliffe v. Evans*, [1892] 2 Q.B. 524). The common denominator of these torts is that they constitute wrongful interference with economic relationships and I do not think they should be extended to a non-economic relationship such as the one under review. As in the case of the tort of intentional infliction of mental suffering, if they were extended to the area of custody and access, there is no rational basis upon which their extension to other areas of family law could be resisted. They would be available in respect of all inter-spousal conduct both before and after marital breakdown and torts grounded in intimidation and injurious falsehood would again seem to be tailor-made for spouses, so motivated, to use against each other. Their extension to the family law area

époux qui subissent un grave traumatisme émotionnel qu'ils croient causé avec malveillance par l'autre conjoint. Il ne revient pas à cette Cour de fabriquer une arme idéale pour les conjoints dont l'objectif initial, bien que, espérons-le, de courte durée, est de se blesser mutuellement, particulièrement lorsque cela aura presque inévitablement un effet préjudiciable sur les enfants. Enfin, si cette cause d'action devait être étendue aux faits de l'espèce, il me semble qu'il n'y a aucun fondement rationnel pour éviter son extension à d'autres domaines du droit de la famille. Le point central de ce délit civil est de causer intentionnellement des souffrances morales sans tenir compte des rapports entre les parties. Il pourrait être invoqué à l'égard de tous les aspects de la conduite des époux l'un envers l'autre avant et après la dissolution du mariage. Par conséquent, je suis d'avis de ne pas étendre ce délit de *common law* au contexte du droit de la famille où les répercussions sur les enfants ne pourraient être que nuisibles.

Il ne semble pas exister de délit généralisé d'ingérence illégale dans les rapports d'autrui comme le soutient l'appelant. Le droit des délits jusqu'à maintenant n'a protégé qu'un certain genre de rapports contre les ingérences. On a accordé des redressements pour ingérence dans des rapports contractuels (par ex. *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216, 118 E.R. 749), pour ingérence au moyen d'intimidation et de moyens illégitimes (par ex. *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129 (H.L.)), et pour ingérence dans des rapports économiques par un mensonge préjudiciable (par ex. *Ratcliffe v. Evans*, [1892] 2 Q.B. 524). Le dénominateur commun de ces délits est qu'ils constituent une ingérence illégale dans des rapports économiques et je ne crois pas qu'ils devraient être étendus à des rapports non économiques comme ceux que nous examinons en l'espèce. Comme dans le cas du délit qui consiste à causer intentionnellement des souffrances morales, s'ils étaient étendus au domaine de la garde et du droit de visite, aucun fondement rationnel ne pourrait en empêcher l'extension à d'autres domaines du droit de la famille. Ils pourraient être invoqués à l'égard de tous les aspects de la conduite des époux l'un envers l'autre avant et après la dissolution du mariage et les délits fondés sur l'intimidation et le mensonge préjudiciable

would not, it seems to me, be in the best interests of children.

But there are two other causes of action which could loosely be said to fall within the rubric of “wrongful interference with another’s relationship” and which may well cover the case at bar. These are (a) a cause of action for interference with a right of access founded on the common law or the court order, and (b) a cause of action for breach of a fiduciary duty owed by the custodial to the non-custodial parent to respect the latter’s relationship with the child. As neither has traditionally been regarded as a “tort”, I shall deal with them under separate headings.

### (c) *The Enforcement of a Parental Right*

The appellant submitted by way of alternative to his claims in tort that a parent has at common law a right of access to his children upon which a civil suit can be based. He submitted further that a parent has a legally enforceable right of access pursuant to the order of the Court. These might be seen as separate sources of his parental right or, alternatively, the court order might be viewed as declaratory of his common law right for purposes of enforcement. The respondents submitted that there was no such thing as a right of access at common law, that access was part of a bundle of rights compendiously constituting custody, that the sole source of the appellant’s access right was the court order and that the mechanisms for enforcement enacted in the *Children’s Law Reform Amendment Act, 1982*, S.O. 1982, c. 20, were the only means of enforcement. They did not include the type of cause of action pleaded in this case.

I believe that there is considerable support for the view that access as a distinct juridical concept is purely a creature of statute. Prior to statute, fathers had an almost absolute common law right to the custody of their children to the total exclusion of mothers: see, for example, *R. v. Greenhill*

sembleraient à nouveau être conçus sur mesure pour les époux, qui seraient portés à les utiliser l’un contre l’autre. Leur extension au droit de la famille ne serait pas, à mon avis, dans l’intérêt véritable des enfants.

Toutefois, il y a deux autres causes d’action dont on pourrait approximativement dire qu’elles s’inscrivent sous la rubrique d’«ingérence illégale dans les rapports d’autrui» et qui pourraient très bien s’appliquer l’espèce. Ce sont a) une cause d’action pour ingérence dans un droit de visite fondé sur la *common law* ou sur une ordonnance du tribunal et b) et une cause d’action pour violation du devoir de fiduciaire du parent gardien envers le parent non gardien de respecter les rapports de ce dernier avec l’enfant. Comme ni l’une ni l’autre n’a traditionnellement été considérée comme un «délit», je traiterai de celles-ci sous des rubriques distinctes.

### c) *L’exécution d’un droit parental*

L’appellant prétend subsidiairement à ses réclamations fondées sur le délit, qu’un parent a, en *common law*, le droit de rendre visite à ses enfants, droit sur lequel une poursuite civile peut être fondée. Il soutient en outre qu’un parent a un droit de visite légalement exécutoire aux termes de l’ordonnance du tribunal. On peut considérer qu’il s’agit de sources distinctes de son droit parental ou, subsidiairement, l’ordonnance du tribunal peut être considérée comme une déclaration de son droit de *common law* aux fins de l’exécution. Les intimés ont soutenu que le droit de visite n’existait pas en *common law*, que le droit de visite faisait partie d’un groupe de droits constituant ensemble la garde, que la seule source du droit de visite de l’appellant était l’ordonnance du tribunal et que les mécanismes d’exécution prévus dans la *Loi de 1982 modifiant la Loi portant réforme du droit de l’enfance*, L.O. 1982, chap. 20, constituaient les seuls moyens d’exécution. Ils ne comprenaient pas le genre de cause d’action plaidée en l’espèce.

Je crois qu’il existe un appui considérable pour l’opinion que le droit de visite en tant que concept juridique distinct est purement une création de la loi. Avant l’adoption de la loi, les pères avaient un droit de *common law* presque absolu à la garde de leurs enfants, à l’exclusion totale des mères: voir,

(1836), 4 Ad. & E. 624, 111 E.R. 922, and for a general discussion see Susan Maidment, *Child Custody and Divorce: The Law in Social Context* (1984), at pp. 93-95. It was not until 1839 that the rigours of this common law rule were ameliorated. In that year the British Parliament empowered the Court of Chancery in the *Custody of Infants Act 1839*, 2 & 3 Vict., c. 54 (U.K.) (*Talfourd's Act*), to make an order for the access of a mother to her children. The same statute permitted women to apply for custody of their children under seven years of age. But there could be no order for access except as an adjunct to an order for custody. Custody and access were conceptually linked under *Talfourd's Act* and have been so ever since. It is therefore doubtful that a common law right of access exists independently of statute.

Even if a common law parental right of access pre-existed and survived the passage of *Talfourd's Act*, the subsequent development of the law of custody and access may have effectively eliminated it. The English *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, 36 & 37 Vict., c. 66 (U.K.), expressly stipulated that in matters concerning the custody and guardianship of infants the rules of equity were to prevail over the common law: see the *Judicature Act, R.S.O. 1980*, c. 223, s. 25, repealed and replaced by the *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11, s. 109. The paramountcy of the father's claim at common law had to yield to an equitable weighing of the merits of the respective claims of each parent and in this context the question of what would be best for the child became an important consideration. In 1886, the British Parliament passed the *Guardianship of Infants Act, 1886*, 49 & 50 Vict., c. 27 (U.K.), which provided in s. 5 that a court could make "such order as it may think fit regarding the custody of [an] infant and the right of access thereto of either parent, having regard to the welfare of the infant, and to the conduct of the parents, and to the wishes as well of the mother as of the father..." In Ontario this statute was

par ex., *R. v. Greenhill* (1836), 4 Ad. & E. 624, 111 E.R. 922, et pour une analyse générale, voir Susan Maidment, *Child Custody and Divorce: The Law in Social Context* (1984), aux pp. 93 à 95. Ce n'est qu'en 1839 qu'il y a eu un assouplissement de cette règle de *common law*. Cette année-là le Parlement britannique a donné à la Court of Chancery dans la *Custody of Infants Act 1839*, 2 & 3 Vict., chap. 54 (R.-U.) (*Talfourd's Act*), le pouvoir de rendre une ordonnance permettant à une mère de rendre visite à ses enfants. La même loi a permis aux femmes de demander la garde de leurs enfants de moins de sept ans. Toutefois, il ne pouvait y avoir aucune ordonnance attributive de droit de visite, sauf comme ajout à une ordonnance de garde. Les droits de garde et de visite étaient liés sur le plan des concepts en vertu de la *Talfourd's Act* et l'ont toujours été depuis lors. Par conséquent, on peut douter qu'un droit de visite de *common law* existe indépendamment de la loi.

Même s'il existait un droit parental de visite en *common law* avant l'adoption de la *Talfourd's Act* et qu'il ait survécu à son adoption, l'évolution subséquente du droit relatif à la garde et la visite peut en fait l'avoir éliminé. En Angleterre, la *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, 36 & 37 Vict., chap. 66 (R.-U.), prévoyait de manière expresse que dans les affaires concernant la garde et la tutelle des mineurs, les règles d'*equity* devaient prévaloir sur la *common law*: voir la *Judicature Act, L.R.O. 1980*, chap. 223, art. 25, abrogé et remplacé par la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1984*, chap. 11, art. 109. La suprématie de la réclamation du père en *common law* a dû céder devant une évaluation équitable du bien-fondé des réclamations respectives de chaque parent et, dans ce contexte, la question de l'intérêt de l'enfant est devenue une considération importante. En 1886, le Parlement britannique a adopté la *Guardianship of Infants Act, 1886*, 49 & 50 Vict., chap. 27 (R.-U.), dont l'art. 5 prévoyait qu'un tribunal pouvait rendre [TRADUCTION] «l'ordonnance qu'il estime appropriée concernant la garde d'[un] mineur et le droit de chaque parent de lui rendre visite, compte tenu du bien-être du mineur et de la conduite des parents et également du désir de la mère et du père». En Ontario cette loi a été essentiellement

essentially duplicated in the *Guardianship of Minors Act*, S.O. 1887, c. 21.

At first the courts were much more comfortable assessing the competing claims of parents than they were in trying to decide what was in the best interests of children. But over time the best interests of children increasingly became an important concern of the court and today it is the paramount concern. See the *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 68, as amended by the *Children's Law Reform Amendment Act, 1982*, *supra*, s. 1, which added s. 24, for a statutory expression of this principle. In light of these developments it can be said with some assurance that the concept of "parental rights" has fallen into disfavour. Parental responsibilities yes, but rights no. It appears, therefore, that the appellant is on shaky ground when he bases his case for damages on a violation or destruction of his "parental right" to access at common law. The access right has become the child's right, not the parent's right, and it would be a regressive step to recognize today a cause of action in the parent based on an outmoded concept of parental rights in children: see, for example, *M v. M (child: access)*, [1973] 2 All E.R. 81. Accordingly, to summarize, I believe that the appellant cannot rely on the common law as the source of his right. He must rely on the court order because: (a) it is doubtful that a common law right of access independent of the statutory right granted by the court exists; and (b) even if such a right survived or came into existence after the enactment of *Talfourd's Act*, it could not have survived to the present day in the face of the shift in emphasis from parental rights to children's rights. In my view, the court order, which establishes that the appellant's access to his children is in his children's best interests, is the only possible source of the right he claims.

Three very persuasive factors lead me to hold that the appellant does not have a civil cause of action based on the "right" of access embodied in the court order. First, it is simply not in the child's

reproduite dans la *Guardianship of Minors Act*, S.O. 1887, chap. 21.

Au départ les tribunaux étaient plus à l'aise pour évaluer les réclamations concurrentes des parents qu'ils ne l'étaient pour tenter de décider ce qui constituait l'intérêt véritable des enfants. Avec le temps l'intérêt véritable des enfants est devenu de plus en plus une préoccupation importante des tribunaux et aujourd'hui c'est la préoccupation principale. Pour une expression législative de ce principe, voir la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1980, chap. 68, modifiée par la *Loi de 1982 modifiant la Loi portant réforme du droit de l'enfance*, précitée, art. 1 qui ajoutait l'art. 24. On peut dire avec une certaine assurance que, vu ces changements, le concept de «droits parentaux» est tombé en défaveur. Il s'agit des responsabilités parentales mais non des droits. Il appert donc que l'appelant se trouve dans une situation instable lorsqu'il fonde son action en dommages-intérêts sur la violation ou la destruction de son «droit parental» de *common law* de rendre visite à ses enfants. Le droit de visite est devenu le droit de l'enfant et non celui du parent et reconnaître aujourd'hui que le parent a une cause d'action fondée sur un concept démodé de droit parental à l'égard des enfants constituerait un recul: voir par exemple, *M v. M (child: access)*, [1973] 2 All E.R. 81. Par conséquent, pour résumer, je crois que l'appelant ne peut se fonder sur la *common law* comme source de son droit. Il doit se fonder sur l'ordonnance du tribunal parce que: a) il est douteux qu'il existe un droit de visite de *common law* indépendant du droit légal accordé par le tribunal et b) même si un tel droit avait subsisté ou était né après l'adoption de la *Talfourd's Act*, il n'aurait pas pu subsister jusqu'à maintenant devant l'accroissement de l'importance qu'ont pris les droits des enfants au dépens des droits parentaux. À mon avis, l'ordonnance du tribunal qui établit que le droit de l'appelant de visiter ses enfants est dans l'intérêt véritable des enfants constitue la seule source possible du droit qu'il réclame.

Trois facteurs très convaincants m'amènent à conclure que l'appelant n'a pas une cause d'action civile fondée sur le «droit» de visite incorporé dans l'ordonnance du tribunal. Premièrement, il n'est



best interests to recognize the general availability of an action based on the court order. Such an action would be available every time a visitation was denied by the custodial parent. Litigation could occur frequently, thus multiplying the traumatizing effects of the marriage breakdown on the child. Second, a civil action for breach of a court order has never been recognized by our law as a method of enforcing court orders. And third, the legislature, in spelling out the enforcement mechanisms, has not provided for such an action.

Since the appellant instituted his action the *Children's Law Reform Amendment Act, 1982, supra*, has been passed. Section 19(a) as enacted by that statute reaffirms that all matters relating to custody and access are to be decided in the child's best interests. Section 19(d) states that the Act is intended to provide for the more effective enforcement of custody and access orders. Section 35 permits the court to order supervised access, if necessary, and it may attach any conditions it considers appropriate. Section 37 empowers the court to authorize any person to apprehend the child so as to give effect to the entitlement of that person to access or custody. The police or the sheriff may be empowered by the court to apprehend the child to that end. An application for apprehension may be made *ex parte*. Section 38 may be used to require any person who may remove a child from Ontario to post a bond, to give up his or her passport and to transfer specific property to a named trustee to be held subject to the terms and conditions specified in the order. Section 39 allows a provincial court (family division) to impose fines of up to \$1,000 and/or up to ninety days' imprisonment for contempt of a court order. Finally, s. 40 enables the court to order any person or public body to assist a parent in finding his or her child by giving the name and address of the person with whom the child resides. It is apparent from these provisions that the legislature is not unaware of the problem in relation to the enforcement of these orders. Yet it has not seen fit to provide a civil cause of action. I think we must

tout simplement pas dans l'intérêt véritable de l'enfant de reconnaître la possibilité générale de recourir à une action fondée sur l'ordonnance du tribunal. Une telle action pourrait être intentée chaque fois que le parent gardien empêche l'autre parent de rendre visite à l'enfant. Des litiges pourraient se produire fréquemment, multipliant ainsi les effets traumatisant de la dissolution du mariage à l'égard de l'enfant. Deuxièmement, une action civile fondée sur la violation d'une ordonnance du tribunal n'a jamais été reconnue dans notre droit comme une méthode d'exécution des ordonnances des tribunaux. Et troisièmement, le législateur, en énonçant les mécanismes d'exécution, n'a pas prévu une telle action.

Depuis que l'appelant a intenté son action, la *Loi de 1982 modifiant la Loi portant réforme du droit de l'enfance*, précitée, a été adoptée. L'alinéa 19a) de cette loi réaffirme que toutes les questions relatives à la garde d'un enfant et au droit de visite doivent tenir compte de l'intérêt véritable de l'enfant. L'alinéa 19d) prévoit que la Loi est destinée à pourvoir à une meilleure exécution des ordonnances de garde et de visite. L'article 35 permet à la cour de rendre si nécessaire une ordonnance de droit de visite contrôlée et peut y joindre les directives qu'elle juge appropriées. L'article 37 permet à la cour d'autoriser toute personne à appréhender l'enfant de manière à faire respecter les droits de garde ou de visite de cette personne. La police ou le shérif peuvent être autorisés par la cour à appréhender l'enfant à cette fin. Une requête relative à l'appréhension peut être présentée *ex parte*. L'article 38 peut être utilisé pour exiger qu'une personne qui peut emmener l'enfant à l'extérieur de l'Ontario dépose une caution, remette son passeport et transfère des biens précis à un fiduciaire désigné qui les détiendra sous réserve des conditions précisées dans l'ordonnance. L'article 39 permet à la Cour provinciale (Division de la famille) d'imposer une amende qui n'est pas supérieure à 1 000 \$ et une peine d'emprisonnement qui ne dépasse pas 90 jours à quiconque contrevient à une ordonnance de la cour. Finalement, l'art. 40 permet à la cour d'ordonner à un particulier ou à un organisme public d'aider un parent à retrouver son enfant en lui donnant le nom et l'adresse de la personne avec qui l'enfant demeure.

assume that it acted advisedly in this regard. I would hold, therefore, that no cause of action can be based directly on the court order.

(d) *Breach of Fiduciary Duty*

The final cause of action to be considered is breach of fiduciary duty. This possibility was not advanced by counsel in his original material but, since the issue before the Court was whether the statement of claim should be struck out "as disclosing no reasonable cause of action", the Court was of the view that it should be addressed. Counsel was accordingly invited to file written submissions of which we have had the benefit.

In the past the question whether a particular relationship is subject to a fiduciary obligation has been approached by referring to categories of relationships in which a fiduciary obligation has already been held to be present. Some recognized examples of these categories are relationships between directors and corporations, solicitors and clients, trustees and beneficiaries, agents and principals, life tenants and remaindermen, and partners. As well, it has frequently been noted that the categories of fiduciary relationship are never closed: see, for example, *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 384 *per* Dickson J. (as he then was); *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 737 (H.C.); *Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1985), 52 O.R. (2d) 473; *English v. Dedham Vale Properties Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 382, at p. 398; *Tufton v. Sporni*, [1952] 2 T.L.R. 516, at p. 522; R. Goff and G. Jones, *The Law of Restitution* (2nd ed. 1978), at pp. 490-91. An extension of fiduciary obligations to new "categories" of relationship presupposes the existence of an underlying principle which governs the imposition of the fiduciary obligation.

Il ressort de ces dispositions que le législateur est au courant du problème relatif à l'exécution de ces ordonnances. Toutefois, il n'a pas estimé approprié de prévoir une cause d'action civile. À mon avis, nous devons présumer qu'il a agi en toute connaissance de cause à cet égard. Par conséquent, je suis d'avis de conclure qu'aucune cause d'action ne peut être fondée directement sur l'ordonnance du tribunal.

d) *La violation du devoir de fiduciaire*

La dernière cause d'action qui doit être examinée est la violation du devoir de fiduciaire. Cette possibilité n'a pas été présentée par l'avocat dans son mémoire original mais, étant donné que la question posée à la Cour était de savoir si la déclaration devait être radiée «pour le motif qu'elle ne comportait aucune cause d'action raisonnable», la Cour a été d'avis qu'elle devait être examinée. Par conséquent, l'avocat a été invité à présenter des arguments écrits dont nous avons pu profiter.

Par le passé, la question de savoir si un rapport en particulier était assujéti à une obligation fiduciaire a été examinée en fonction des catégories de rapports dans lesquels on a déjà conclu à l'existence d'une obligation fiduciaire. Certains exemples reconnus de ces catégories sont les rapports qui existent entre les directeurs et les sociétés, les procureurs et les clients, les fiduciaires et les bénéficiaires, les mandataires et les mandants, les titulaires de domaine viager et les titulaires de domaine résiduaire, et les associés. De même, on a souvent souligné que les catégories de rapports fiduciaires ne sont pas fermées: voir, par exemple, *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 384, le juge Dickson (maintenant Juge en chef), *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1986), 53 O.R. (2d) 737 (H.C.), *Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1985), 52 O.R. (2d) 473, *English v. Dedham Vale Properties Ltd.*, [1978] 1 All E.R. 382, à la p. 398, *Tufton v. Sporni*, [1952] 2 T.L.R. 516, à la p. 522, R. Goff et G. Jones, *The Law of Restitution* (2nd ed. 1978), aux pp. 490 et 491. L'extension d'obligations fiduciaires à de nouvelles «catégories» de rapports présuppose l'existence d'un principe sous-jacent qui régit l'imposition de l'obligation fiduciaire.

However, there has been a reluctance throughout the common law world to affirm the existence of and give content to a general fiduciary principle which can be applied in appropriate circumstances. Sir Anthony Mason ("Themes and Prospects" in P. Finn, ed., *Essays in Equity* (1985), at p. 246) is probably correct when he says that "the fiduciary relationship is a concept in search of a principle". As a result there is no definition of the concept "fiduciary" apart from the contexts in which it has been held to arise and, indeed, it may be more accurate to speak of relationships as having a fiduciary component to them rather than to speak of fiduciary relationships as such: see J. C. Shepherd, *The Law of Fiduciaries* (1981), pp. 4-8. Perhaps the biggest obstacle to the development of a general fiduciary principle has been the fact that the content of the fiduciary duty varies with the type of relationship to which it is applied. It seems on its face therefore to comprise a collection of unrelated rules such as the rule against self-dealing, the misappropriation of assets rule, the conflict and profit rules and (in Canada) a special business opportunity rule: see R. P. Austin, "The Corporate Fiduciary: Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce" (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 96, at pp. 96-97; P. D. Finn, *Fiduciary Obligations* (1977). The failure to identify and apply a general fiduciary principle has resulted in the courts relying almost exclusively on the established list of categories of fiduciary relationships and being reluctant to grant admittance to new relationships despite their oft-repeated declaration that the category of fiduciary relationships is never closed.

A few commentators have attempted to discern an underlying fiduciary principle but, given the widely divergent contexts emerging from the case law, it is understandable that they have differed in their analyses: see, for example, E. Vinter, *A Treatise on the History and Law of Fiduciary Relationships and Resulting Trusts* (3rd ed. 1955); Ernest J. Weinrib, "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U.T.L.J.* 1; Gareth Jones, "Unjust

Toutefois, dans le monde de la *common law*, on a hésité à confirmer l'existence d'un principe fiduciaire général qui puisse être appliqué dans des circonstances appropriées et à lui donner un contenu. Sir Anthony Mason («Themes and Prospects» dans P. Finn, ed., *Essays in Equity* (1985), à la p. 246) a probablement raison lorsqu'il dit que [TRADUCTION] «le rapport fiduciaire est un concept à la recherche d'un principe». En conséquence, il n'y a aucune définition du concept «fiduciaire» hors des contextes dans lesquels on a jugé qu'il prenait naissance et, en fait, on peut plus précisément parler de rapports ayant une composante de nature fiduciaire plutôt que de parler de rapports fiduciaires comme tels: voir J. C. Shepherd, *The Law of Fiduciaries* (1981), pp. 4 à 8. Ce qui a constitué sans doute le plus grand obstacle au développement d'un principe fiduciaire général a été le fait que le contenu du devoir fiduciaire varie selon le type de rapport auquel il s'applique. À première vue, il semble donc comprendre un ensemble de règles diverses comme la règle interdisant les transactions intéressées, la règle interdisant les détournements de fonds, la règle sur les conflits d'intérêt et les bénéfices et (au Canada) une règle concernant les débouchés d'affaires spéciales: voir R. P. Austin, «The Corporate Fiduciary: Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce» (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 96, aux pp. 96 et 97; P. D. Finn, *Fiduciary Obligations* (1977). L'incapacité d'identifier un principe fiduciaire général et de l'appliquer a fait en sorte que les tribunaux se sont fondés presque exclusivement sur la liste de catégories de rapports fiduciaires déjà établie et ont été réticents à admettre de nouveaux rapports malgré leurs déclarations souvent répétées selon lesquelles les catégories de rapports fiduciaires ne sont jamais complètes.

Quelques auteurs ont tenté de faire ressortir un principe fiduciaire sous-jacent mais, compte tenu de la grande variété de contextes qui ressortent de la jurisprudence, on peut comprendre qu'ils ont abordé la question de façons différentes: voir, par exemple, E. Vinter, *A Treatise on the History and Law of Fiduciary Relationships and Resulting Trusts* (3rd ed. 1955); Ernest J. Weinrib, «The Fiduciary Obligation» (1975), 25 *U.T.L.J.* 1;

Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty" (1968), 84 *L.Q.R.* 472; George W. Keeton and L. A. Sheridan, *Equity* (1969), at pp. 336-52; Shepherd, *supra*, at p. 94. Yet there are common features discernible in the contexts in which fiduciary duties have been found to exist and these common features do provide a rough and ready guide to whether or not the imposition of a fiduciary obligation on a new relationship would be appropriate and consistent.

Relationships in which a fiduciary obligation have been imposed seem to possess three general characteristics:

- (1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.
- (2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests.
- (3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.

Very little need be said about the first characteristic except this, that unless such a discretion or power is present there is no need for a superadded obligation to restrict the damaging use of the discretion or power: see, for example, *R. H. Deacon & Co. v. Varga* (1972), 30 D.L.R. (3d) 653 (Ont. C.A.), aff'd *sub nom. Varga v. F. H. Deacon & Co.*, [1975] 1 S.C.R. 39.

With respect to the second characteristic it is, of course, the fact that the power or discretion may be used to affect the beneficiary in a damaging way that makes the imposition of a fiduciary duty necessary. Indeed, fiduciary duties are frequently imposed on those who are capable of affecting not only the legal interests of the beneficiary but also the beneficiary's vital non-legal or "practical" interests. For example, it is generally conceded that a director is in a fiduciary relationship to the corporation. But the corporation's interest which is protected by the fiduciary duty is not confined to an interest in the property of the corporation but extends to non-legal, practical interests in the financial well-being of the corporation and perhaps to even more intangible practical interests such as

Gareth Jones, «Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty» (1968), 84 *L.Q.R.* 472; George W. Keeton et L. A. Sheridan, *Equity* (1969), aux pp. 336 à 352; Shepherd, précité, à la p. 94. Toutefois, des caractéristiques communes ressortent des contextes dans lesquels on a établi l'existence de devoirs fiduciaires et celles-ci constituent un guide sommaire et existant pour déterminer si l'imposition d'une obligation fiduciaire à l'égard d'un nouveau rapport est appropriée et compatible avec ce qui existe.

Les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales:

- (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.
- (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.
- (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur la première caractéristique, sauf pour dire que, à moins qu'il n'y ait un tel pouvoir discrétionnaire, il n'est pas nécessaire d'ajouter l'obligation de limiter l'utilisation abusive du pouvoir discrétionnaire: voir, par exemple, *R. H. Deacon & Co. v. Varga* (1972), 30 D.L.R. (3d) 653 (C.A. Ont.), conf. *sub nom. Varga v. F. H. Deacon & Co.*, [1975] 1 R.C.S. 39.

En ce qui a trait à la deuxième caractéristique, c'est évidemment le fait que le pouvoir discrétionnaire peut être exercé de manière à avoir un effet préjudiciable sur le bénéficiaire qui rend nécessaire l'imposition d'un devoir fiduciaire. En fait, des devoirs fiduciaires sont fréquemment imposés à ceux qui sont en mesure de porter atteinte non seulement aux intérêts juridiques du bénéficiaire mais également à ses intérêts vitaux non juridiques ou «pratiques». Par exemple, il est généralement reconnu qu'un directeur a des rapports fiduciaires avec la société. Toutefois, l'intérêt de la société qui est protégé par le devoir fiduciaire n'est pas restreint à un intérêt dans les biens de la société mais s'étend à des intérêts pratiques, non juridiques dans la santé financière de la société et sans doute

the corporation's public image and reputation. Another example is found in cases of undue influence where a fiduciary uses a power over the beneficiary to obtain money at the expense of the beneficiary. The beneficiary's interest in such a case is a pecuniary interest. Finally, in *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507 (H.L.), a British soldier who was able to smuggle items past Egyptian guards because these guards excused uniformed soldiers from their inspections was held to be a fiduciary. The Crown's interest was a "practical" or even a "moral" one, namely that its uniform should not be used in corrupt ways. The soldier-fiduciary had no power to change the legal position of the British Crown, so how could the Crown's legal interests have been affected by the soldier's action? The same can be said of the Crown's interest in *Attorney-General v. Goddard* (1929), 98 L.J. (K.B.) 743, where the Crown was able to recover bribes which had been paid to its employee, a sergeant in the Metropolitan Police. In my view, what was protected in that case was not a "legal" interest but a vital and substantial "practical" interest.

The third characteristic of relationships in which a fiduciary duty has been imposed is the element of vulnerability. This vulnerability arises from the inability of the beneficiary (despite his or her best efforts) to prevent the injurious exercise of the power or discretion combined with the grave inadequacy or absence of other legal or practical remedies to redress the wrongful exercise of the discretion or power. Because of the requirement of vulnerability of the beneficiary at the hands of the fiduciary, fiduciary obligations are seldom present in the dealings of experienced businessmen of similar bargaining strength acting at arm's length: see, for example, *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (Ont. C.A.), aff'd [1975] 1 S.C.R. 2. The law takes the position that such individuals are perfectly capable of agreeing as to the scope of the discretion or power to be exercised, i.e., any "vulnerability" could have been prevented through the more prudent exercise of

à des intérêts pratiques encore moins tangibles, comme l'image publique et la réputation de la société. On trouve un autre exemple dans les affaires d'abus d'influence lorsqu'un fiduciaire utilise un pouvoir sur le bénéficiaire en vue d'obtenir de l'argent à ses dépens. L'intérêt du bénéficiaire dans un tel cas est un intérêt pécuniaire. Enfin, dans *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507 (H.L.), on a conclu qu'un soldat britannique qui a pu passer des marchandises en contrebande devant les gardes égyptiens parce que ceux-ci n'inspectaient pas les soldats en uniforme, était un fiduciaire. L'intérêt du gouvernement était «pratique» ou même «moral», c'est-à-dire que son uniforme ne devrait pas être utilisé de manière malhonnête. Puisque le soldat-fiduciaire n'avait pas le pouvoir de modifier la position juridique du gouvernement britannique, de quelle manière les intérêts juridiques du gouvernement avaient-ils pu être touchés par l'action du soldat? On peut dire la même chose de l'intérêt du gouvernement dans *Attorney-General v. Goddard* (1929), 98 L.J. (K.B.) 743, où Sa Majesté a été en mesure de recouvrer des pots-de-vin qui avaient été versés à son employé, un sergent de la police métropolitaine. À mon avis, ce qui était protégé dans cette affaire n'était pas un intérêt «juridique» mais un intérêt «pratique» vital et important.

La troisième caractéristique des rapports dans lesquels un devoir fiduciaire a été imposé est l'élément de vulnérabilité. Cette vulnérabilité découle de l'incapacité du bénéficiaire (malgré ses meilleurs efforts) d'empêcher l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire combiné à la grave insuffisance ou à l'absence de tout autre recours juridique ou pratique pour réparer l'exercice injustifié du pouvoir discrétionnaire. Étant donné l'exigence de vulnérabilité du bénéficiaire devant le fiduciaire, les obligations fiduciaires sont rarement présentes dans les opérations entre hommes d'affaires d'expérience ayant des pouvoirs de négociation semblables et agissant sans lien de dépendance: voir, par exemple, *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (C.A. Ont.), conf. [1975] 1 R.C.S. 2. Le droit a adopté la position que ces personnes sont parfaitement capables de venir à un accord sur la portée du pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé,

their bargaining power and the remedies for the wrongful exercise or abuse of that discretion or power, namely damages, are adequate in such a case.

A similar three-fold formulation of the principle underlying fiduciary obligation has recently been adopted by the Australian High Court in deciding whether a sole distributor of a product has fiduciary obligations. In *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417, Gibbs C.J. at p. 432, considered the following test "not inappropriate in the circumstances":

... there were two matters of importance in deciding when the court will recognize the existence of the relevant fiduciary duty. First, if one person is obliged, or undertakes, to act in relation to a particular matter in the interests of another and is entrusted with the power to affect those interests in a legal or practical sense, the situation is ... analogous to a trust. Secondly, ... the reason for the principle lies in the special vulnerability of those whose interests are entrusted to the power of another to the abuse of that power.

Mason J. in the same case stated (at p. 454) that the critical feature in these relationships is that:

... the fiduciary undertakes or agrees to act for or on behalf of or in the interests of another person in the exercise of a power or discretion which will affect the interests of that other person in a legal or practical sense. The relationship between the parties is therefore one which gives the fiduciary a special opportunity to exercise the power or discretion to the detriment of that other person who is accordingly vulnerable to abuse by the fiduciary of his position.

A similar formulation of the principle was enunciated in at least one Canadian case. In *H. L. Misener and Son Ltd. v. Misener* (1977), 77 D.L.R. (3d) 428 (N.S.C.A.), Macdonald J.A. enunciated the principle in this way at p. 440:

The reason such persons [directors] are subjected to the fiduciary relationship apparently is because they have a leeway for the exercise of discretion in dealing with

c'est-à-dire que toute «vulnérabilité» aurait pu être empêchée par l'exercice plus prudent de leur pouvoir de négociation et les recours contre l'exercice injustifié ou l'abus de ce pouvoir discrétionnaire, savoir les dommages-intérêts, sont adéquats dans un tel cas.

Une formulation semblable en trois parties a récemment été adoptée par la Haute Cour d'Australie lorsqu'elle a tranché la question de savoir si le distributeur unique d'un produit a des obligations fiduciaires. Dans l'arrêt *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417, le juge en chef Gibbs a conclu à la p. 432 que le critère suivant [TRADUCTION] «n'était pas approprié dans les circonstances»:

[TRADUCTION] ... il y avait deux questions importantes pour décider du moment où le tribunal devrait reconnaître l'existence du devoir fiduciaire pertinent. Premièrement, si une personne est obligée d'agir, relativement à une question particulière, dans les intérêts d'une autre personne ou s'engage à le faire et a le pouvoir de modifier ses intérêts dans un sens juridique ou pratique, la situation est [...] analogue à une fiducie. Deuxièmement, [...] le principe est fondé sur la vulnérabilité spéciale de ceux dont les intérêts sont assujettis au pouvoir d'une autre personne d'abuser de ce pouvoir.

Le juge Mason a dit dans le même arrêt (à la p. 454) que la caractéristique décisive dans ces rapports est la suivante:

[TRADUCTION] ... le fiduciaire s'engage à agir pour le compte ou dans les intérêts d'une autre personne ou accepte de le faire dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui aura un effet sur les intérêts de cette autre personne dans un sens juridique ou pratique. Par conséquent, le rapport qui existe entre les parties donne au fiduciaire l'occasion spéciale d'exercer le pouvoir discrétionnaire au détriment de cette autre personne qui est donc vulnérable si le fiduciaire abuse de sa position.

Une formulation semblable du principe a été énoncée dans au moins un arrêt canadien. Dans *H. L. Misener and Son Ltd. v. Misener* (1977), 77 D.L.R. (3d) 428 (C.A.N.-É.), le juge MacDonald a énoncé le principe de la manière suivante à la p. 440:

[TRADUCTION] La raison pour laquelle de telles personnes [directeurs] sont assujetties au rapport fiduciaire est apparemment parce qu'elles ont, dans l'exercice de leur

third parties which can affect the legal position of their principals.

As well, it has been advanced by many learned commentators: see, generally, Weinrib, *supra*, at pp. 4-9; Shepherd, *supra*, at pp. 98, 138-41; Harold Brown, "Franchising—A Fiduciary Relationship" (1971), 49 *Texas Law Rev.* 650, at p. 664.

In my view, the relationship between the custodial parent and the non-custodial parent fits within the fiduciary principle I have described. There is no doubt that prior to the custody and access order the parent who will become the non-custodial parent has a very substantial interest in his or her relationship with the child. The granting of the access order confirms that the relationship between the non-custodial parent and the child is of benefit to the child and therefore worth preserving. That relationship predated the access order and it continues to subsist after the access order is made. It is not itself created by the access order. But the custody and access order, by splitting access from custody, puts the custodial parent in a position of power and authority which enables him or her, if so motivated, to affect the non-custodial parent's relationship with his or her child in an injurious way. The selfish exercise of custody over a long period of time without regard to the access order can utterly destroy the non-custodial parent's relationship with his child. The non-custodial parent (and, of course, the child also) is completely vulnerable to this. Yet the underlying premise in a grant of custody to one parent and access to the other is that the custodial parent will facilitate the exercise of the other's access rights for the sake of the child. This is reflected in s. 16(10) of the *Divorce Act, 1985*, S.C. 1986, c. 4, which provides:

16. . . .

(10) In making an order under this section, the court shall give effect to the principle that a child of the marriage should have as much contact with each spouse as is consistent with the best interests of the child and,

pouvoir discrétionnaire pour traiter avec les tiers, une certaine liberté d'action qui peut avoir un effet sur la situation juridique de leurs mandants.

<sup>a</sup> De même, cette caractéristique a été proposée par un grand nombre d'auteurs: voir, d'une manière générale, Weinrib, précité, aux pp. 4 à 9; Shepherd, précité, aux pp. 98, 138 à 141; Harold Brown, «Franchising—A Fiduciary Relationship» <sup>b</sup> (1971), 49 *Texas Law Rev.* 650, à la p. 664.

À mon avis, les rapports entre le parent gardien de l'enfant et le parent non gardien s'inscrivent dans le principe fiduciaire que j'ai décrit. Il n'y a <sup>c</sup> aucun doute que, avant l'ordonnance de garde et de visite, le parent qui deviendra le parent non gardien a un intérêt très important dans ses rapports avec l'enfant. L'ordonnance attributive du droit de visite confirme que les rapports qui existent entre le parent non gardien et l'enfant sont à <sup>d</sup> l'avantage de l'enfant et doivent donc être conservés. Ces rapports sont antérieurs à l'ordonnance attributive du droit de visite et ils subsistent après <sup>e</sup> que l'ordonnance a été rendue. Ils ne sont pas eux-mêmes créés par l'ordonnance attributive du droit de visite. Toutefois, l'ordonnance de garde et de visite, en séparant les droits de visite du droit de garde, place le parent gardien dans une situation <sup>f</sup> de pouvoir et d'autorité qui lui permet, s'il le désire, de modifier les rapports du parent non gardien avec son enfant d'une manière qui peut être abusive. L'exercice égoïste du droit de garde pendant une longue période sans tenir compte de <sup>g</sup> l'ordonnance attributive du droit de visite peut détruire complètement les rapports du parent non gardien avec son enfant. Ce parent (et évidemment, aussi l'enfant), est complètement vulnérable dans une telle situation. Pourtant la prémissesous-jacente dans l'octroi de la garde à un parent et du droit de visite à un autre est que le parent gardien doit faciliter l'exercice du droit de visite de l'autre pour le bien de l'enfant. Cela ressort du par. <sup>i</sup> 16(10) de la *Loi de 1985 sur le divorce*, S.C. 1986, chap. 4, qui prévoit:

16. . . .

(10) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à

for that purpose, shall take into consideration the willingness of the person for whom custody is sought to facilitate such contact.

The custodial parent is expected to act in good faith not only towards the non-custodial parent but also towards the children. Section 16(10) makes it clear that this is one of the qualifications of a good custodial parent.

It seems to me that the three underlying characteristics of relationships in which fiduciary duties are imposed are present in the relationship under review. The custodial parent has been placed as a result of the court's order in a position of power and authority over the children with the potential to prejudicially affect and indeed utterly destroy their relationship with their non-custodial parent through improper exercise of the power. There can be no doubt also that the requisite vulnerability is present and that in practical terms there is little that the non-custodial parent can do to restrain the custodial parent's improper exercise of authority or to obtain redress for it. The options open to an aggrieved non-custodial parent in the face of a campaign by a custodial parent to cut the non-custodial parent off from the child are exceedingly limited. As mentioned above, s. 37 of the *Children's Law Reform Act* gives courts the authority to direct a sheriff or police force, or both, to locate, apprehend and deliver back a child who is being unlawfully withheld from a person entitled to custody or access. This does not appear to be an appropriate means of compelling a custodial parent to permit access and it seems unlikely that any parent sensitive to his or her child's feelings would resort to it. The option of refusing payment of child maintenance in order to secure a right of access is not available to a non-custodial spouse: *Wright v. Wright* (1973), 1 O.R. (2d) 337 (C.A.) The powers of the court to order a custodial parent to post a bond or other security, to have support payments made to a specified trustee who holds them subject to certain conditions, and to have the custodial parent give up his or her passport are usually ineffective. The forfeiture of the bond or other security and the withholding of support payments by a trustee may not be in the child's best interests (it may affect the custodial parent's abili-

cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact.

a On s'attend à ce que le parent gardien agisse de bonne foi non seulement envers le parent non gardien, mais également à l'égard des enfants. Le paragraphe 16(10) établit clairement qu'il s'agit d'une des qualités d'un bon parent qui a la garde.

b

Il me semble que les trois caractéristiques sous-jacentes des rapports dans lesquels les devoirs fiduciaires sont imposés se trouvent dans les rapports qui nous intéressent. Le parent gardien a été placé par suite de l'ordonnance du tribunal dans une situation de pouvoir et d'autorité à l'égard des enfants et il a la possibilité de porter atteinte à leurs rapports avec le parent non gardien et en fait de la détruire complètement par l'exercice abusif du pouvoir. De plus, il n'y a aucun doute que la vulnérabilité requise est présente et que, en pratique, il n'y a pas grand-chose que le parent non gardien puisse faire pour empêcher le parent gardien d'exercer son pouvoir de manière abusive ou pour obtenir un redressement contre celui-ci. Les possibilités de recours du parent lésé face à la campagne du parent gardien pour couper tout lien avec l'enfant sont extrêmement limitées. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'art. 37 de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* accorde aux tribunaux le pouvoir d'ordonner à un shérif et à la police ou à l'un des deux de trouver, d'appréhender et de remettre l'enfant retenu illicitement à la personne qui en a la garde ou qui jouit d'un «droit de visite». Cette mesure ne paraît pas être le moyen approprié pour obliger le parent gardien de l'enfant à permettre l'exercice d'un droit de visite et il semble peu vraisemblable qu'un parent sensible aux sentiments de son enfant y ait recours. L'époux non gardien ne peut recourir à la possibilité de refuser de verser les paiements alimentaires pour l'enfant afin de garantir le droit de visite: *Wright v. Wright* (1973), 1 O.R. (2d) 337 (C.A.) Les pouvoirs du tribunal d'ordonner au parent gardien de déposer une caution ou une autre garantie, d'ordonner le dépôt à un fiduciaire désigné des paiements alimentaires qui les détiendra sous certaines conditions et d'ordonner la remise du passeport du parent gardien sont habituelle-



ty to meet the expenses of raising the child) and the giving up of the passport only prevents the child from being removed from the country. Section 39 of the *Children's Law Reform Act* allows a Provincial Court (Family Division) to impose fines of up to \$1,000 and/or imprisonment of up to ninety days for contempt. But imprisoning and fining the custodial parent will usually not be in the child's best interests and will therefore seldom be available to the non-custodial parent. As James G. McLeod has written ("Annotation" to *O'Byrne v. Koresec* (1986), 2 R.F.L. (3d) 104, at pp. 105):

Where they [access orders] are wilfully ignored, proper sanctions must be imposed. Such actions may be a fine . . . or imprisonment . . . Neither of these sanctions however, is entirely appropriate. In many cases, the custodial spouse may not have the resources to pay the fine without resort to funds required for day-to-day living expenses, in which event the child will suffer . . . Where imprisonment is ordered, one approach would be to imprison the custodial parent over weekends when access by the other parent could be enjoyed, so as to minimize disruption to the children. Even then, the children may suffer from the knowledge (which they will surely gain!) that one parent has put the other parent in jail.

It is sometimes suggested that transferring custody is an appropriate means of punishing the custodial parent for an ongoing denial of access: see, for example, the suggestions made in *Woodburn v. Woodburn* (1975), 11 N.S.R. (2d) 528, 21 R.F.L. 179 (S.C.), at pp. 182-183; *Jones v. Jones* (1970), 1 R.F.L. 295 (Ont. C.A.), at pp. 295-96; *Currie v. Currie* (1975), 18 R.F.L. 47 (Alta. S.C.), at p. 55; *Donald v. Donald* (1973), 6 N.B.R. (2d) 665, at p. 668. And indeed this is being done: see *Nayar v. Nayar* (1981), 24 R.F.L. (2d) 400 (B.C.C.A.), and *Fast v. Fast* (1983), 33 R.F.L.

ment inefficaces. Il est possible que la confiscation de la caution ou de toute autre garantie et la retenue de paiements alimentaires par un fiduciaire ne soient pas dans l'intérêt véritable de l'enfant (cela peut avoir un effet sur la capacité du parent gardien de payer les dépenses engagées pour élever l'enfant) et la remise du passeport empêche seulement que l'enfant quitte le pays. L'article 39 de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* permet à la Cour provinciale (Division de la famille) d'imposer une amende qui n'est pas supérieure à 1 000 \$ et une peine d'emprisonnement qui ne dépasse pas 90 jours ou l'une de ces peines en matière d'outrage. Toutefois, l'emprisonnement du parent gardien ou l'imposition d'une amende ne sera habituellement pas dans l'intérêt véritable de l'enfant; le parent non gardien l'utilisera donc rarement. Comme James G. McLeod l'a écrit («Annotation» to *O'Byrne v. Koresec* (1986), 2 R.F.L. (3d) 104, à la p. 105):

[TRADUCTION] Lorsqu'elles [les ordonnances attributives du droit de visite] sont volontairement ignorées, des sanctions appropriées doivent être imposées. De telles actions peuvent être une amende [...] ou une peine d'emprisonnement [...]. Toutefois aucune de ces sanctions n'est entièrement appropriée. Dans un grand nombre de cas, l'époux qui a la garde peut ne pas avoir les moyens de payer l'amende sans puiser dans les fonds nécessaires pour les dépenses quotidiennes, auquel cas l'enfant subira un préjudice [...]. Lorsqu'une peine d'emprisonnement est ordonnée, une solution serait d'emprisonner le parent gardien les fins de semaine pendant que l'autre parent peut jouir de son droit de visite, de manière à réduire les dérangements pour les enfants. Même dans ce cas, les enfants pourront subir un préjudice lorsqu'ils sauront (ce qu'ils apprendront sûrement!) qu'un parent a fait emprisonner l'autre parent.

On a déjà suggéré que le transfert de la garde de l'enfant constitue un moyen approprié pour punir le parent gardien qui refuse continuellement de permettre l'exercice du droit de visite: voir, par exemple, les propositions faites dans *Woodburn v. Woodburn* (1975), 11 N.S.R. (2d) 528, 21 R.F.L. 179 (C.S.), aux pp. 182 et 183, *Jones v. Jones* (1970), 1 R.F.L. 295 (C.A. Ont.), aux pp. 295 et 296, *Currie v. Currie* (1975), 18 R.F.L. 47 (C.S. Alb.), à la p. 55, *Donald v. Donald* (1973), 6 N.B.R. (2d) 665, à la p. 668. En fait cela a été fait: voir *Nayar v. Nayar* (1981), 24 R.F.L. (2d)

(2d) 337 (Sask. C.A.) But again, because of the bonding that takes place between the custodial parent and his or her child over a period of time, such a step may not be in the child's best interests. In *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173, a case involving a custody dispute between an Indian child's natural parents and the child's adopted parents, this Court stressed the need for children to have continuity of relationships. It held that, while an Indian child's cultural heritage and background were important factors to be considered by the court in applying the best interests doctrine, these factors had declined in importance in light of the degree of psychological bonding which had developed with the foster parents. Because of this psychological bonding a transfer of custody may not be a suitable remedy. Finally, as has been indicated above, there are good reasons for not extending common law causes of action in tort in order to permit the non-custodial parent to obtain redress for the custodial parent's denial of access.

I have already indicated that substantial non-legal, practical interests are protected by the imposition of fiduciary duties in appropriate cases. It cannot be denied that the non-custodial parent's interest in his or her child is as worthy of protection as some interests commonly protected by a fiduciary duty. For example, just as a corporation has a substantial interest in its relationship to corporate opportunities and customers that is worthy of protection (see, for example, *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592) it can be said that a non-custodial parent has a substantial interest in his or her relationship with his or her child that is worthy of protection. However, one salient distinction between the non-custodial parent-child relationship and the corporation-customer relationship is that the former involves a substantial non-economic interest of the parent while the latter normally involves a substantial economic interest of the corporation. But I believe that this distinction should not be determinative. The non-custodial parent's interest in the

400 (C.A.C.-B.), et *Fast v. Fast* (1983), 33 R.F.L. (2d) 337 (C.A. Sask.) Mais, encore une fois, à cause du lien qui se forme entre le parent gardien et son enfant pendant une certaine période, il est possible qu'une telle mesure ne soit pas dans l'intérêt de l'enfant. Dans l'arrêt *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, où s'opposaient, sur la garde, les parents naturels de l'enfant indien et les parents adoptifs de les enfants, cette Cour a souligné qu'il était nécessaire pour l'enfant qu'il y ait une continuité des rapports. Elle a conclu que, bien que l'appartenance culturelle et ethnique d'un enfant indien était un facteur important dont doit tenir compte le tribunal pour appliquer la doctrine de l'intérêt de l'enfant, ces facteurs ont perdu de l'importance compte tenu du degré du lien psychologique qui s'était développé avec les parents nourriciers. À cause de ce lien psychologique, il est possible qu'un transfert de garde ne soit pas un redressement approprié. Finalement, comme je l'ai indiqué précédemment, il y a de bons motifs pour ne pas étendre les causes d'actions de *common law* en matière de délits civils pour permettre au parent non gardien d'obtenir un redressement contre le refus du parent gardien de lui permettre d'exercer son droit de visite.

J'ai déjà indiqué que des intérêts pratiques importants qui ne sont pas juridiques, sont protégés par l'imposition de devoirs fiduciaires dans les cas appropriés. On ne peut nier que l'intérêt que porte à son enfant le parent qui n'en a pas la garde mérite autant d'être protégé que certains intérêts qui sont habituellement protégés par un devoir fiduciaire. Par exemple, tout comme la société qui a un intérêt important dans ses rapports avec des occasions d'affaires et des clients qui mérite d'être protégé (voir, par exemple, *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592), on peut dire que le parent non gardien a, à l'égard de ses relations avec son enfant, un intérêt important qui mérite d'être protégé. Toutefois, il y a une distinction frappante entre les rapports entre le parent non gardien et l'enfant et le rapport société-client. Les premiers touchent un intérêt important non pécuniaire du parent alors que les derniers touchent normalement un intérêt pécuniaire important de la société. Toutefois je crois que cette distinction ne devrait pas être déterminante. L'in-

relationship with his or her child is without doubt of tremendous importance to him or her. To deny relief because of the nature of the interest involved, to afford protection to material interests but not to human and personal interests would, it seems to me, be arbitrary in the extreme. In contract law equity recognizes interests beyond the purely economic when, instead of awarding damages in the market value of real estate against a vendor who has wrongfully refused to close, it grants specific performance. Other non-economic interests should also be capable of protection in equity through the imposition of a fiduciary duty. I would hold, therefore, that the appellant's interest in a continuing relationship with his or her child is capable of protection by the imposition of such a duty.

Before a cause of action for breach of fiduciary duty can be said to exist in this limited area within the field of family law, it is necessary to ask the same question as was asked in the context of the various torts proposed by the appellant, namely should existing fiduciary principles be extended? In examining this question it will again be necessary to consider the possibility that this cause of action might be used as a weapon by vindictive spouses and, more important still, it is necessary to consider whether or not the extension of fiduciary principles to this particular relationship would be in the best interests of children.

This cause of action has, in my view, a number of significant advantages over the others. First, it arises only in one particular circumstance, the circumstance of vulnerability created by the splitting of the custody and access of children by the issuance of a court order. Unlike some of the torts examined, this action would not be available in any other family law context. This is a very important consideration in light of the possible detrimental impact on children of recurring lawsuits by one parent against the other.

térêt du parent non gardien dans les rapports avec son enfant est sans doute d'une importance primordiale pour lui. Refuser un redressement en raison de la nature de l'intérêt visé, accorder protection à des intérêts matériels mais non à des intérêts humains et personnels serait, à mon avis, extrêmement arbitraire. En droit des contrats, l'*equity* reconnaît des intérêts qui vont plus loin que l'intérêt purement financier lorsque, au lieu d'accorder des dommages-intérêts selon la valeur marchande d'un bien immobilier contre un vendeur qui a illégalement refusé de conclure la vente, elle accorde l'exécution intégrale. D'autres intérêts non pécuniaires devraient également pouvoir être protégés en *equity* par l'imposition d'un devoir fiduciaire. Par conséquent, je suis d'avis de conclure que l'intérêt de l'appelant dans le maintien de ses rapports avec son enfant peut être protégé par l'imposition d'un tel devoir.

Avant que l'on puisse dire qu'une cause d'action pour violation de devoir fiduciaire existe dans ce domaine restreint du droit de la famille, il est nécessaire de poser la même question qui a été posée dans le contexte des divers délits civils invoqués par l'appelant, savoir les principes fiduciaires existants devraient-ils être étendus? Dans l'examen de cette question, il sera encore une fois nécessaire de tenir compte de la possibilité que cette cause d'action puisse être utilisée comme une arme par des conjoints vindicatifs et, ce qui est plus important, il est nécessaire de voir si l'extension des principes fiduciaires à ces rapports particuliers serait dans l'intérêt véritable des enfants.

À mon avis, cette cause d'action comporte un certain nombre d'avantages importants par rapport aux autres. D'abord, elle ne se présente que dans une circonstance particulière, la vulnérabilité créée par la division de la garde de l'enfant et du droit de visite par la délivrance de l'ordonnance d'un tribunal. Contrairement à certains des délits civils examinés, cette action ne pourrait pas être utilisée dans d'autres contextes du droit de la famille. Il s'agit d'une considération très importante vu l'effet préjudiciable à l'égard des enfants que peuvent avoir les poursuites périodiques engagées par un parent contre l'autre.

Second, the cause of action for breach of fiduciary duty creates a very strong incentive to custodial parents to exercise their custodial rights so as to further the best interests of their children, to recognize that their children are entitled to an ongoing relationship with their other parent and that it is a serious matter to use the authority confided in them by an order of the court to deprive their children of this other dimension in their lives. I believe that this cause of action will help to promote a healthy and beneficial relationship between a child and both parents and is, in this respect, much more conducive to the best interests of the child than the tort actions previously considered.

Finally, unlike the causes of action in tort, the cause of action for breach of fiduciary duty allows the court to take into account conduct of a non-custodial parent (whether related to custody and access issues or not) which might be contrary to the best interests of children. When considering breaches of equitable duty and awarding equitable remedies the court has a wide scope for the exercise of discretion which does not exist in respect of common law causes of action. In the context of breach of fiduciary duty this discretion would allow the court to deny relief to an aggrieved party or grant relief on certain terms if that party's conduct has disabled him or her from full relief, e.g., non-payment of spousal support or previous abuse of access rights. There is neither precedent nor historical basis for the exercise of such a discretion in the case of a common law tort action. The tort would be actionable regardless of the inequitable conduct of the plaintiff.

It may be objected that despite these advantages which the action for breach of fiduciary duty possesses over the tort actions I have examined, the availability of any action would be contrary to the best interests of children because of the unavoidable deleterious effects of litigation on children. To some extent, this objection is well-found-

Ensuite, la cause d'action pour violation d'un devoir fiduciaire incite très fortement les parents qui ont la garde des enfants à exercer leur droit de garde de manière à favoriser l'intérêt véritable de leurs enfants, à reconnaître que leurs enfants ont droit à au maintien de leurs rapports avec l'autre parent et que l'utilisation du pouvoir qui leur a été confié par l'ordonnance d'un tribunal pour priver leurs enfants de cette autre dimension dans leur vie, est une chose grave. Je crois que cette cause d'action aidera à promouvoir des rapports sains et bénéfiques entre un enfant et les deux parents et, à cet égard, contribuera beaucoup plus à l'intérêt véritable de l'enfant que les actions en délit civil examinées précédemment.

Enfin, contrairement aux causes d'action délictuelle, la cause d'action pour la violation du devoir fiduciaire permet au tribunal de tenir compte de la conduite du parent non gardien (qu'elle soit reliée ou non à des questions de garde et de droit de visite) qui pourrait être contraire à l'intérêt véritable des enfants. Quand il examine les violations de devoirs reconnus en *equity* et qu'il accorde des redressements en *equity*, le tribunal a une vue d'ensemble de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire qui n'existe pas à l'égard des causes d'action de *common law*. Dans le contexte de la violation d'un devoir fiduciaire, ce pouvoir discrétionnaire permettrait au tribunal de refuser un redressement à une partie lésée ou d'accorder un redressement à certaines conditions si la conduite de cette partie l'a empêchée d'obtenir le redressement complet, par exemple, le non-paiement de l'obligation alimentaire à l'époux ou un abus antérieur des droits de visite. Aucun précédent ni aucun fondement historique ne prévoyaient l'exercice d'un tel pouvoir discrétionnaire dans le cas d'une action portant sur un délit de *common law*. Le délit civil ouvrirait droit à une action peu importe la conduite injuste du demandeur.

On peut opposer que, malgré ces avantages que possède l'action pour la violation du devoir fiduciaire par rapport aux actions délictuelles que j'ai examinées, la possibilité d'avoir recours à une action serait contraire à l'intérêt véritable des enfants en raison du caractère inévitable des effets préjudiciables du contentieux sur les enfants. Dans

ed. Inter-spousal litigation may create a conflict of loyalties in the children and may also have the effect of impairing child support. But it is within the jurisdiction of the courts, particularly courts of equity, to prevent a cause of action from proceeding if there is any risk of injury to the children's interests. The interests of the children are the paramount concern. I would hold, therefore, that the cause of action for breach of fiduciary duty can proceed only if there is no risk that the support of the children will be impaired and no risk of a harmful conflict of loyalties arising in the children. The former condition may be satisfied when the children are fully grown and self-supporting or where the custodial parent has substantial assets. The latter condition may be satisfied where the relationship between the non-custodial parent and the children has been so severely damaged by the custodial parent's conduct that it is unlikely that a conflict of loyalties would occur. Accordingly, it will not be every denial of access rights that will give rise to a cause of action for breach of fiduciary duty but only where a sustained course of conduct has caused severe damage to the non-custodial parent-child relationship to the detriment of both the non-custodial parent and the child.

The legislature has provided a series of remedies for the violation of the court order by the denial of access rights on specific occasions. As I have indicated earlier in the context of a common law cause of action enforcing a parental right of access, it is not open to this Court to introduce common law causes of action which the legislature did not see fit to provide in order to redress the violation of a court order. The ability of the court to introduce common law actions into areas where the legislature has intervened was recently addressed by this Court in *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181. In that case the plaintiff sought recognition of a new common law tort against unjustified invasion of one's interest not to be discriminated against in respect of an employment opportunity on grounds of race or national origin. The plaintiff urged that this common law

une certaine mesure, cette objection est bien fondée. Les litiges entre les époux peuvent créer un conflit de loyauté chez les enfants et peut également avoir pour effet de nuire au soutien de l'enfant. Toutefois, les tribunaux sont compétents, particulièrement les tribunaux en matière d'*equity*, pour empêcher qu'une cause d'action ne soit utilisée si l'intérêt des enfants est mis en danger. L'intérêt des enfants constitue la préoccupation principale. Par conséquent, je suis d'avis que la cause d'action pour la violation du devoir fiduciaire ne pourrait être utilisée que s'il n'y a aucun risque d'atteinte au soutien des enfants et aucun risque de créer un conflit préjudiciable de loyauté chez les enfants. La première condition peut être remplie lorsque les enfants sont grands et autonomes ou lorsque le parent gardien possède des moyens importants. La dernière condition peut être remplie lorsque le rapport entre le parent non gardien et les enfants a subi des dommages si graves en raison de la conduite du parent gardien qu'il est peu vraisemblable qu'un conflit de loyauté se produise. En conséquence, il ne naîtra pas à une cause d'action pour violation du devoir fiduciaire chaque fois que le droit de visite est refusé mais seulement lorsque la conduite soutenue a causé des dommages importants au rapport entre le parent non gardien et l'enfant, au détriment de ce parent et de l'enfant.

Le refus d'accorder le droit de visite à certaines occasions précises fait partie de la série de redressements que le législateur a prévu pour la violation d'une ordonnance du tribunal. Comme je l'ai indiqué précédemment dans le contexte d'une cause d'action de *common law* appliquant un droit parental de visite, il n'est pas loisible à cette Cour d'introduire des causes d'action de *common law* que le législateur n'a pas jugé utile d'accorder pour remédier à la violation d'une ordonnance du tribunal. La capacité des tribunaux d'introduire des actions de *common law* dans des domaines où le législateur est intervenu a récemment été examinée par cette Cour dans l'arrêt *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181. Dans cet arrêt, la demanderesse a cherché à obtenir la reconnaissance d'un nouveau délit civil en *common law* contre une atteinte injustifiée du droit d'une personne de ne

right of action arose directly from a breach of *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, as amended. This Court denied the existence of such an action because of “the comprehensiveness of the Code in its administrative and adjudicative features, the latter including a wide right of appeal to the Courts on both fact and law” (at p. 183 *per* Laskin C.J.) Laskin C.J. noted, at p. 188, that there was “a narrow line between founding a civil cause of action directly upon a breach of a statute and as arising from the statute itself and founding a civil cause of action at common law by reference to policies reflected in the statute and standards fixed by the statute”. In his view, the proposed action fell into the former category. Laskin C.J. at p. 189 also stated:

It is one thing to apply a common law duty of care to standards of behaviour under a statute; that is simply to apply the law of negligence in the recognition of so-called statutory torts. It is quite a different thing to create by judicial fiat an obligation—one in no sense analogous to a duty of care in the law of negligence—to confer an economic benefit upon certain persons, with whom the alleged obligor has no connection, and solely on the basis of a breach of statute which itself provides comprehensively for remedies for its breach.

In my view, the recognition of the existence of a cause of action for breach of fiduciary duty, limited in the way I have suggested *supra*, is in no way inconsistent with the *Seneca College* case. There are two distinguishing features which lead me to this view. First, what is being proposed in this case is a form of equitable relief. The comments made in *Seneca College* were restricted to common law relief. There is every reason to believe that it would require stronger statutory language to oust the jurisdiction of the court to grant equitable relief for an equitable wrong such as breach of fiduciary duty. As already pointed out, the exten-

pas être, en raison de sa race ou de son origine nationale, la victime de discrimination relativement à une possibilité d'emploi. La demanderesse a soutenu que ce droit de *common law* d'intenter une action découlait directement d'une violation de *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, chap. 318, et modifications. Cette Cour a nié l'existence d'une telle action à cause de «la grande portée du Code dans ses aspects administratifs et judiciaires, ces derniers comportant un vaste droit d'appel auprès des tribunaux aussi bien sur des questions de fait que de droit» (à la p. 183, le juge en chef Laskin). Le juge en chef Laskin a fait remarquer à la p. 188 qu'il y avait «une différence subtile entre une cause d'action civile qui est fondée directement sur la violation d'une loi et qui découle de la loi elle-même et une cause d'action civile fondée sur la *common law* par renvoi d'une part à des politiques exprimées dans la loi et d'autre part à des normes établies par la loi». À son avis, l'action proposée s'inscrivait dans la première catégorie. Le juge en chef Laskin a également dit à la p. 189:

C'est une chose que de faire appliquer une obligation de diligence découlant de la *common law* aux normes de comportement prévues par une loi; il s'agit simplement là d'appliquer le droit en matière de négligence à la reconnaissance des délits civils visés par la loi. C'est tout autre chose que de créer par autorisation judiciaire une obligation—qui n'est aucunement assimilable à une obligation de diligence dans le droit en matière de négligence—de conférer un avantage économique à certaines personnes avec lesquelles le prétendu obligé n'a aucun rapport, et ce sur le seul fondement de la violation d'une loi qui, elle, prévoit de façon détaillée des recours en cas de violation.

À mon avis, la reconnaissance de l'existence d'une cause d'action pour la violation du devoir fiduciaire, limitée de la manière que j'ai proposée précédemment, n'est nullement incompatible avec l'arrêt *Seneca College*. Deux caractéristiques distinctives m'amènent à adopter cette position. D'abord, ce qui est proposé dans cet arrêt c'est une forme de recours en *equity*. Les observations faites dans l'arrêt *Seneca College* se limitaient au recours de *common law*. Il y a toutes les raisons de croire qu'il faudrait un texte législatif plus précis pour écarter la compétence de la cour lui permettant d'accorder un recours en *equity* en réparation

sive statutory intervention of the legislature in the area of corporate law has not succeeded in ousting the equitable jurisdiction of the court to grant relief for breach of fiduciary duty in that context. Historically, courts of equity have even been willing to grant equitable relief supplementing statutory relief for a statutory wrong. For example, courts of equity have granted injunctions restraining the commission of certain acts even where a statute proscribes and provides remedies for the commission of those acts. This is done whenever the applicable statutory remedies are ineffective to prevent their commission and severe harm will result: *Halsbury's Laws of England*, vol. 16, 4th ed., paragraph 1215, at p. 815; *Attorney-General v. Sharp*, [1931] 1 Ch. 121 (C.A.); *Attorney-General v. Premier Line, Ltd.*, [1932] 1 Ch. 303. I believe, therefore, that it would take clear and compelling statutory language to oust equity's broad inherent jurisdiction to give equitable relief in appropriate circumstances. No such statutory language exists in any of the legislation applicable to this case.

Second, the cause of action for breach of fiduciary duty is not founded "directly upon breach of a statute". Instead, it falls on the other side of the line drawn by Laskin C.J.—i.e., it is a cause of action existing independently of the statute founded "by reference to policies reflected in the statute and standards fixed by the statute". While the legislature's enforcement scheme is dedicated to the enforcement of the court order as such, the cause of action for breach of fiduciary duty is dedicated to the protection of the child's relationship with his or her non-custodial parent on which the court order was based. That relationship was not created by the court order. The remedy is accordingly given not for individual violations of the court order or the statute but for an entire course of conduct designed to undermine or destroy the underlying relationship which access was intended to preserve and foster.

d'un préjudice en *equity* comme la violation du devoir fiduciaire. Comme je l'ai déjà souligné, l'intervention législative approfondie du législateur dans le domaine du droit des compagnies n'a pas réussi à écarter la compétence de la cour en *equity* lui permettant d'accorder un redressement pour la violation du devoir fiduciaire dans ce contexte. Historiquement, les tribunaux d'*equity* ont même été prêts à accorder des redressements en *equity* qui complétaient les recours prévus par la loi à l'égard de violations de la loi. Par exemple, les tribunaux d'*equity* ont accordé des injonctions limitant la perpétration de certains actes même lorsqu'une loi les interdit et prévoit des redressements contre leur perpétration. C'est le cas chaque fois que les redressements applicables prévus par la loi ne sont pas efficaces pour empêcher la perpétration d'un acte et qu'il en résulte un préjudice grave: *Halsbury's Laws of England*, vol. 16, 4th ed., paragraphe 1215, à la p. 815, *Attorney-General v. Sharp*, [1931] 1 Ch. 121 (C.A.), *Attorney-General v. Premier Line, Ltd.*, [1932] 1 Ch. 303. Par conséquent, je suis d'avis qu'il faudrait un texte législatif clair et précis pour écarter cette large compétence inhérente d'accorder un redressement en *equity* dans des circonstances appropriées. Aucune loi applicable en l'espèce ne comporte un tel texte.

Ensuite, la cause d'action pour la violation du devoir fiduciaire n'est pas fondée «directement sur la violation d'une loi». Elle s'inscrit plutôt dans le sens de la différence établie par le juge en chef Laskin, c'est-à-dire que c'est une cause d'action qui existe indépendamment de la loi fondée «par renvoi d'une part à des politiques exprimées dans la loi et d'autre part à des normes établies par la loi». Alors que le régime d'exécution que le législateur a prévu vise l'exécution de l'ordonnance du tribunal même, la cause d'action pour violation d'un devoir fiduciaire vise à protéger les rapports de l'enfant avec le parent non gardien sur lesquels l'ordonnance du tribunal est fondée. Les rapports n'ont pas été créés par l'ordonnance. En conséquence, le redressement est accordé non pas pour attaquer des violations individuelles de l'ordonnance du tribunal ou de la loi, mais pour attaquer un comportement général destiné à miner ou à détruire le rapport que le droit de visite devait maintenir et encourager.

Accordingly, it would be my view that the cause of action for breach of fiduciary duty should be extended to this narrow but extremely important area of family law where the non-custodial parent is completely at the mercy of the custodial parent by virtue of that parent's position of power and authority over the children. If this is a situation which for very good reason the common law is ill-equipped to handle, resort to equity is entirely appropriate so that no just cause shall go without a remedy. The breach will be actionable only when judgment recovery will not impair child support and when the non-custodial parent-child relationship has been so severely damaged by the custodial parent's conduct as to make it highly unlikely that the action brought by the non-custodial parent would be the cause of any conflict of loyalties in the children. Such a cause of action, properly tailored as only equity can do and has done in other contexts, will create a strong incentive to further the best interests of children while eliminating the more harmful effects commonly associated with inter-spousal litigation.

One word of caution may be in order. At times, a perfectly legitimate exercise by the custodial parent of his or her custodial rights or custodial obligations will result in an individual denial of access to the other parent. It is not the role of the court to review this sort of exercise of discretion with respect to the child. It is only when a sustained course of conduct designed to destroy the relationship is being engaged in that there is a breach of the duty. If and when a custodial parent comes to believe that continued access to the child by the other parent is not in the child's interests or is harmful to the child, the proper course for the custodial parent to follow is not to engage in ongoing wilful violations of the access order but to apply to the court to vary or rescind it.

### (iii) *The Remedy*

The remedies normally awarded for breach of fiduciary duty are the imposition of a constructive

Par conséquent, je suis d'avis que la cause d'action pour la violation d'un devoir fiduciaire devrait être étendue à ce domaine étroit mais extrêmement important du droit de la famille dans lequel le parent non gardien est complètement à la merci du parent gardien en vertu de la position de pouvoir et d'autorité de ce parent à l'égard des enfants. S'il s'agit d'une situation à laquelle pour de très bonnes raisons la *common law* ne peut faire face, il est tout à fait approprié de recourir à l'*equity* de manière qu'aucune juste cause ne soit sans redressement. La violation ne fera l'objet d'une action que lorsque le jugement n'aura pas d'effet préjudiciable sur le soutien de l'enfant et lorsque le rapport entre le parent non gardien et l'enfant aura subi, en raison de la conduite de l'autre parent, des dommages à ce point graves qu'il est très improbable que l'action intentée par le parent non gardien soit la cause de quelque conflit de loyauté chez les enfants. Une telle cause d'action, adaptée de manière appropriée comme seul l'*equity* peut le faire et l'a fait dans d'autres contextes, créera de solides mesures incitatives pour promouvoir l'intérêt véritable des enfants tout en éliminant les effets plus préjudiciables qui sont habituellement associés aux litiges entre les époux.

Il convient de faire une mise en garde. Quelquefois, l'exercice parfaitement légitime par le parent gardien de ses droits ou obligations en matière de garde entraînera un refus isolé de permettre à l'autre parent d'exercer son droit de visite. Ce n'est pas le rôle du tribunal d'examiner ce genre d'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'enfant. Il n'y a violation du devoir que lorsqu'un parent adopte de manière continue un comportement destiné à détruire le rapport avec l'enfant. Lorsque le parent gardien croit que le maintien de l'exercice du droit de visite par l'autre parent n'est pas dans l'intérêt de l'enfant ou lui cause un préjudice, la bonne chose à faire pour lui n'est pas de violer volontairement et de manière continue l'ordonnance accordant le droit de visite mais plutôt de demander au tribunal de la modifier ou de l'annuler.

### (iii) *Le redressement*

Les redressements qui sont normalement accordés dans le cas de violation du devoir fiduciaire



trust and the accounting of profits. Neither remedy is applicable here. However, equitable compensation is also an available remedy: see, for example, *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 1 W.L.R. 923 (C.A.); *Dawson and Mason Ltd. v. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418 (C.A.); *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 (H.L.), at pp. 946, 956-57; *U.S. Surgical Corp. v. Hospital Products International Pty. Ltd.*, [1982] 2 N.S.W.L.R. 766 (S.C., Eq. Div.), at p. 816. The purpose of equitable compensation is to restore to the plaintiff what has been lost through the defendant's breach or the value of what has been lost.

The issue in the leading case of *Nocton v. Lord Ashburton* was the liability of the appellant's solicitor to his client, the respondent, in respect of advice given by the solicitor that the client release part of the premises comprised in a mortgage held by him. Neville J. dismissed the action but the Court of Appeal held the appellant liable in damages for deceit. The House of Lords disagreed that the solicitor was liable in tort but held that the solicitor had failed to discharge his fiduciary duty to the client. This was a matter falling within the exclusive jurisdiction of equity. Viscount Haldane explained that the Court of Chancery, being a court of conscience, "could order the defendant, not ... to pay damages as such, but to make restitution, or to compensate the plaintiff by putting him in as good a position pecuniarily as that in which he was before the injury".

Viscount Haldane pointed out that it was no bar to an award of equitable compensation that the plaintiff would have had a remedy in damages for breach of contract. It might be to the plaintiff's advantage to claim for compensation in equity. Viscount Haldane stated at p. 957:

My Lords, since the Judicature Act any branch of the Court may give both kinds of relief, and can treat what is alleged either as a case of negligence at common law

sont l'imposition d'une fiducie par interprétation et la comptabilisation des bénéfiques. Aucun de ces redressements ne s'appliquent en l'espèce. Toutefois, l'indemnité reconnue en *equity* est également un redressement possible: voir, par exemple, *Seager v. Copydex Ltd.*, [1967] 1 W.L.R. 923 (C.A.), *Dawson and Mason Ltd. v. Potter*, [1986] 2 All E.R. 418 (C.A.), *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 (H.L.), aux pp. 946, 956 et 957, *U.S. Surgical Corp. v. Hospital Products International Pty. Ltd.*, [1982] 2 N.S.W.L.R. 766 (S.C., Div. Eq.), à la p. 816. Le but de l'indemnité reconnue en *equity* est de remettre au demandeur ce que la violation du défendeur lui a fait perdre, ou la valeur de ce qu'il a perdu.

La question soulevée dans l'arrêt de principe *Nocton v. Lord Ashburton* portait sur la responsabilité du procureur de l'appelant envers son client, l'intimé, en ce qui a trait à un avis donné par le procureur selon lequel le client devait céder une partie de l'immeuble visé par une hypothèque qu'il détenait. Le juge Neville a rejeté l'action, mais la Cour d'appel a statué que l'appelant était responsable des dommages découlant de la tromperie. La Chambre des lords n'a pas convenu que le procureur était responsable d'un délit civil, mais a conclu qu'il ne s'était pas acquitté de son devoir fiduciaire envers le client. Il s'agissait d'une question qui s'inscrivait dans le cadre de la compétence exclusive d'*equity*. Le vicomte Haldane a expliqué que la Court of Chancery, étant le tribunal de la conscience, [TRADUCTION] «pouvait ordonner au défendeur, non pas [...] de payer les dommages-intérêts comme tels, mais de remettre des biens ou d'indemniser le demandeur en le remplaçant dans une situation financière aussi bonne que celle dans laquelle il se trouvait avant le préjudice».

Le vicomte Haldane a souligné que le fait que le demandeur aurait eu un recours en dommages-intérêts pour violation de contrat n'interdisait pas qu'on lui accorde une indemnité en *equity*. Il pourrait être à l'avantage du demandeur de réclamer une telle indemnité. Le vicomte Haldane a dit à la p. 957:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, depuis la *Judicature Act*, toute division de la Cour peut accorder les deux genres de redressements et peut entendre ce qu'on allè-

or as one of breach of fiduciary duty. The judgment of Jessel M.R. in *Cockburn v. Edwards* [(1881) 18 Ch. D. 449] may, I think, really be regarded as an illustration of the latter jurisdiction. In the case with which we are dealing the statement of claim was framed mainly on the lines of breach of fiduciary duty. This was probably deliberately done in order to endeavour to get over the difficulty occasioned by the Statute of Limitations as regards any mere case of negligence in the original mortgage transaction of 1904. As a consequence fraud has been charged in the peculiar sense in which it was the practice to charge it in Chancery procedure in cases of this kind. But the facts alleged would none the less, if proved, have afforded ground for an action for mere negligence.

He then goes on to conclude at p. 957:

It was really an action based on the exclusive jurisdiction of a Court of Equity over a defendant in a fiduciary position in respect of matters which at law would also have given a right to damages for negligence.

In a learned article on "The Equitable Remedy of Compensation" (1982), 13 *Melbourne Univ. Law Rev.* 349, the author, Ian E. Davidson, discusses the fact that the quantum of common law damages and of equitable compensation need not necessarily be the same because different principles apply. Quoting from p. 352:

Although compensation in Equity will often produce the same result as damages the common law and equitable remedies utilise different rules to achieve the similar goal of compensating a plaintiff for loss suffered. This can lead to significant differences in the ultimate awards. For example, common law damages in negligence and contract are subject to requirements of foreseeability and remoteness which are not relevant to Equity when it restores property or money lost by breach of an equitable obligation. This is brought out by the judgment of Street J. in *Re Dawson (deceased)* [(1966) 2 N.S.W.R. 211] which illustrates the different principles involved in the assessment of compensation in Equity and damages at law.

gue être soit un cas de négligence en *common law* soit un cas de violation d'un devoir fiduciaire. La décision du maître des rôles Jessel dans *Cockburn v. Edwards* [(1881) 18 Ch. D. 449] peut, à mon avis, vraiment être considérée comme l'illustration de ce dernier pouvoir. Dans l'affaire qui nous occupe, la déclaration a été rédigée principalement en fonction de la violation d'un devoir fiduciaire. Cela a probablement été fait de façon délibérée pour tenter de contourner la difficulté causée par la Statute of Limitations en ce qui concerne une simple affaire de négligence dans la première opération relative à l'hypothèque de 1904. Par conséquent, la fraude a fait l'objet d'une action dans le sens particulier dans lequel c'était la pratique d'intenter une accusation dans une procédure de Chancery dans les affaires de ce genre. Toutefois, les faits allégués, s'ils étaient démontrés, auraient néanmoins constitué un fondement pour une action pour simple négligence.

Il a ensuite conclu à la p. 957:

[TRADUCTION] Il s'agissait réellement d'une action fondée sur la compétence exclusive d'un tribunal d'*equity* à l'égard d'un défendeur dans une situation de fiduciaire relativement à des questions qui, en droit, auraient donné droit à des dommages-intérêts pour négligence.

Dans un article détaillé sur «The Equitable Remedy of Compensation» (1982), 13 *Melbourne Univ. Law Rev.* 349, l'auteur, Ian E. Davidson, discute le fait que le montant des dommages-intérêts de *common law* et de l'indemnité reconnue en *equity* ne doit pas nécessairement être le même en raison de l'application des différents principes. En le citant à la p. 352:

[TRADUCTION] Bien que l'indemnisation reconnue en *equity* produise souvent le même résultat que les dommages-intérêts, les recours en *common law* et les recours en *equity* utilisent des règles différentes pour atteindre le but semblable qui est d'indemniser un demandeur pour le préjudice qu'il a subi. Cela peut entraîner des différences importantes dans les montants accordés. Par exemple, les dommages-intérêts de *common law* en matière de négligence et de contrat sont assujettis à des exigences relatives au caractère prévisible et à l'éloignement qui ne sont pas pertinentes en *equity* lorsqu'elle permet de recouvrer des biens ou de l'argent perdu par suite de la violation d'une obligation qui découle de l'*equity*. Cela ressort de la décision du juge Street dans *Re Dawson (deceased)* [(1966) 2 N.S.W.R. 211] qui illustre les différents principes applicables à l'évaluation de l'indemnisation reconnue en *equity* et des dommages-intérêts en *common law*.

While it is premature at this stage to consider the proper level of compensation should the appellant succeed in this case, I would think that equitable compensation would allow the appellant to recover not only his out-of-pocket expenses incurred throughout the campaign to destroy his relationship with his children but also a realistic sum for his pain and suffering which in this case would include compensation for the severe depression he suffered as a result of the respondents' conduct. In assessing the appropriate sum for "pain and suffering" some assistance may be gleaned from cases allowing recovery for "loss of guidance, care and companionship" in wrongful death actions pursuant to s. 60 of the *Family Law Reform Act*, (now s. 61 of the *Family Law Act 1986*, S.O. 1986, c. 4). In examining these cases regard should be paid to the apt comments made by J. Holland J. in *Zik v. High* (1981), 35 O.R. (2d) 226 (H.C.), at p. 237:

... s. 60 of the *Family Law Reform Act*, 1978 cries out for the exercise of judicial restraint in the general interest of the public in the assessment of damages consequent upon an inquiry to another as in this case. I say this because uncontrolled by such restraint the ceiling under the heading of loss of guidance, care and companionship for an award could be unlimited. Much of s. 60, as I view it, was a legislative attempt to codify the principle laid down in *St. Lawrence & Ottawa Railway Co. v. Lett* (1885), 11 S.C.R. 422, and enunciated once again by the Supreme Court of Canada in *Vana v. Tosta et al.*, [1968] S.C.R. 71, ... that loss of care and guidance, where a mother was killed leaving children, was a measurable pecuniary loss but that the amount to be awarded under that heading should be modest, although not merely conventional.

These comments are especially appropriate in this context where the prospect of very sizable awards may encourage unmeritorious actions possibly detrimental to the children's best interests.

Bien qu'il soit prématuré à ce stade-ci d'examiner le montant de l'indemnisation approprié si l'appellant avait gain de cause en l'espèce, je pense que l'indemnisation reconnue en *equity* permettrait à l'appellant de recouvrer non seulement les débours qu'il a subis au cours de la campagne qui visait à détruire ses rapports avec ses enfants, mais également une somme réaliste représentant sa douleur et ses souffrances qui, en l'espèce, comprendrait l'indemnisation relative à la grave dépression dont il a souffert par suite de la conduite des intimés. Les décisions accordant un recouvrement pour la «perte de conseils, de soins et de compagnie» dans des actions intentées suite au décès imputable à une faute aux termes de l'art. 60 de la *Loi portant réforme du droit de la famille*, précitée (maintenant art. 61 de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, chap. 4) peuvent nous aider à évaluer le montant approprié au titre «de la douleur et des souffrances». En examinant ces affaires nous devons tenir compte des observations appropriées faites par le juge J. Holland dans l'affaire *Zik v. High* (1981), 35 O.R. (2d) 226 (H.C.), à la p. 237:

[TRADUCTION] ... l'art. 60 de la *Loi de 1978 portant réforme du droit de la famille* demande l'exercice d'une retenue judiciaire dans l'intérêt général du public dans l'évaluation des dommages-intérêts qui découlent d'une enquête à l'égard d'un autre comme en l'espèce. J'affirme cela parce que, s'il n'était pas contrôlé par cette retenue, le plafond des montants accordés sous le chef de la perte de conseils, de soins et de compagnie pourrait être illimité. À mon avis, la plus grande partie de l'art. 60 était une tentative du législateur pour codifier le principe établi dans l'arrêt *St. Lawrence & Ottawa Railway Co. v. Lett* (1885), 11 R.C.S. 422 et réitéré par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Vana v. Tosta et al.*, [1968] R.C.S. 71 [...] selon lequel la perte de soins et de conseil lorsqu'une mère était tuée, laissant des enfants, était une perte financière mesurable mais que le montant de l'indemnisation accordée sous ce chef devrait être modeste, bien qu'il ne soit pas simplement conventionnel.

Ces observations sont particulièrement appropriées dans le présent contexte où l'éventualité d'adjudication de sommes très importantes peut encourager des actions frivoles au détriment peut-être de l'intérêt véritable des enfants.

The usefulness of the remedy of equitable compensation for breach of fiduciary duty is hard to assess from the case law since the award made in many of the cases is not always identified as equitable compensation. For example, in *Seager v. Copydex, supra*, the plaintiff, while negotiating with the defendant company to market his patented carpet grip "Invisigrip", disclosed details of the grip. Later the defendant applied to patent a grip very similar to the plaintiff's using the same name "Invisigrip". Its assistant manager who had been present at the confidential interview was named as the inventor in the patent application. The Court of Appeal found the defendant liable for breach of confidence and held the plaintiff entitled to damages to be assessed by the Master on the basis of reasonable compensation for the use of confidential information. Lord Denning M.R. stated at p. 932:

It may not be a case for injunction or even for an account, but only for damages, depending on the worth of the confidential information to him [the defendant] in saving him time and trouble.

The Court made no reference to any problem in awarding damages for breach of purely equitable obligations, particularly in a case where an injunction would not be granted, nor did it refer to the inherent compensatory jurisdiction of equity which would appear to be the proper basis for the award. Nor did it discuss the inherent jurisdiction of equity to award equitable compensation when the issue of the correct basis for assessing the damages was referred back to it in *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, [1969] 1 W.L.R. 809. Davidson concludes in his article that awards of damages in cases such as *Seager* are applications of the compensatory jurisdiction of equity affirmed in *Nocton v. Lord*

L'utilité du redressement qu'est l'indemnisation reconnue en *equity* pour la violation d'un devoir fiduciaire est difficile à évaluer d'après la jurisprudence étant donné que le montant accordé dans un grand nombre d'affaires n'est pas toujours identifié comme une indemnité reconnue en *equity*. Par exemple, dans l'affaire *Seager v. Copydex*, précitée, le demandeur, tout en négociant avec la société défenderesse pour commercialiser son adhésif à tapis breveté «Invisigrip», a divulgué des détails à ce sujet. Par la suite, la défenderesse a demandé un brevet pour un adhésif très semblable à celui de la demanderesse en utilisant le même nom «Invisigrip». Son directeur adjoint qui était présent lors de l'entrevue confidentielle était désigné comme l'inventeur dans la demande de brevet. La Cour d'appel a conclu que la défenderesse était responsable de la violation d'une communication confidentielle et a conclu que la demanderesse avait le droit à des dommages-intérêts à être évalués par le protonotaire le fondement d'une indemnisation raisonnable pour l'utilisation de renseignements confidentiels. Le Maître des rôles Lord Denning a dit à la p. 932:

[TRADUCTION] Il se peut que ce ne soit pas une affaire où il faut accorder une injonction ou même une comptabilisation des bénéfices, mais seulement des dommages-intérêts, selon la valeur du renseignement confidentiel à ses yeux [la défenderesse] pour lui épargner du temps et des ennuis.

La Cour n'a mentionné aucun problème quant à l'attribution de dommages-intérêts pour violation d'obligations purement d'*equity*, particulièrement dans une affaire où une injonction ne serait pas accordée, elle n'a pas non plus mentionné la compétence inhérente d'*equity* en matière d'indemnisation qui paraîtrait être le fondement approprié de l'attribution d'un montant. Elle n'a pas non plus analysé la compétence inhérente d'*equity* pour accorder une indemnité reconnue en *equity* lorsque la question du choix du fondement sur lequel il fallait évaluer les dommages-intérêts lui a été renvoyée dans *Seager v. Copydex Ltd. (No. 2)*, [1969] 1 W.L.R. 809. Davidson a conclu dans son article que les attributions de dommages-intérêts dans des affaires comme *Seager* sont des applications de la compétence d'*equity* en matière d'indemnisation confirmée dans l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*,

*Ashburton* although not identified by the courts as such.

#### 4. Conclusion

The facts as pleaded in the statement of claim could, if proved, give rise to a cause of action for breach of fiduciary duty. The plaintiff alleges that the defendants engaged in a course of conduct over a substantial period of time designed to defeat his access rights and destroy his relationship with his children, that they were in fact successful in so doing, and that he incurred financial loss, the loss of his relationship with his children, and damage to his psychiatric and physical health as a consequence. The action should therefore proceed to trial.

#### 5. Disposition

I would allow the appeal, set aside the orders of the Ontario Court of Appeal and of Boland J. and direct the respondents to file their statement of defence to the action within twenty days. The appellant should have his costs both here and in the courts below.

*Appeal dismissed with costs, WILSON J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin, Harcourt, Toronto.*

*Solicitor for the respondents: Gregory Frink, Ottawa.*

bien qu'elles n'aient pas été identifiées comme telles par les tribunaux.

#### 4. Conclusion

<sup>a</sup> Les faits tels qu'ils ont été plaidés dans la déclaration pourraient, s'ils étaient démontrés, donner naissance à une cause d'action pour violation d'un devoir fiduciaire. Le demandeur allègue que les défendeurs ont eu pendant une période importante un comportement qui avait pour but de l'empêcher d'exercer son droit de visite et de détruire les rapports qu'il entretenait avec ses enfants, qu'ils ont en fait réussi et que cela a occasionné une perte financière, la destruction de ses rapports avec ses enfants et des dommages à sa santé mentale et physique. Par conséquent, je suis d'avis que l'action vienne à audience.

#### 5. Dispositif

<sup>d</sup> Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les ordonnances de la Cour d'appel de l'Ontario et du juge Boland et d'ordonner aux intimés de déposer leur défense à l'action dans un délai de vingt jours. L'appelant a droit à ses dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi rejeté avec dépens, le juge WILSON est dissidente.*

<sup>f</sup> *Procureurs de l'appelant: Osler, Hoskin, Harcourt, Toronto.*

*Procureur des intimés: Gregory Frink, Ottawa.*

**Antonio Monteleone Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. V. MONTELEONE

File No.: 17170.

1986: October 31; 1987: September 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Directed verdict — Circumstantial evidence — Arson — Motion for a directed verdict of acquittal — Test to be applied by the trial judge.**Evidence — Arson — No direct evidence of the unlawful setting of the fire — Whether the incendiary origin of the fire may be proved by circumstantial evidence.*

The building where appellant's store was situated was destroyed by fire. The fire began in appellant's portion of the building and after an investigation he was charged with arson. At trial, the fire inspector admitted that the actual cause of the fire could not be determined, but he reached the conclusion that the fire was of incendiary origin because his investigation revealed no accidental cause. At the close of the Crown's case based entirely on circumstantial evidence, the defence made a motion for a directed verdict of acquittal. The trial judge reviewed the evidence extensively and found that the evidence in total and its cumulative effect gave rise to suspicion only, and could not justify the drawing of an inference of guilt. He then concluded that there "was no evidence upon which a jury properly charged and acting reasonably could find the accused guilty", and therefore directed the jury to bring in a verdict of not guilty. On appeal, the verdict of acquittal was set aside and a new trial ordered. The Court of Appeal found that there was "sufficient *prima facie* evidence to justify a dismissal of the motion for a directed verdict of acquittal" and that the trial judge usurped the function of the jury in weighing the evidence and drawing inferences from it. This appeal is to determine whether the case should have been left to the jury.

**Antonio Monteleone Appellant**

c.

**Sa Majesté La Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. C. MONTELEONE

N° du greffe: 17170.

1986: 31 octobre; 1987: 17 septembre.

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

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

*Droit criminel — Verdict imposé — Preuve circonstancielle — Crime d'incendie — Requête en vue d'obtenir un verdict imposé d'acquiescement — Critère applicable par le juge du procès.**Preuve — Crime d'incendie — Aucun élément de preuve direct que le feu a été mis illégalement — L'origine criminelle du sinistre peut-elle être démontrée par une preuve circonstancielle?*

L'immeuble où se trouvait la boutique de l'appellant a été détruit par un incendie. L'incendie a pris naissance dans la partie de l'immeuble occupé par l'appellant et après une enquête, il a été accusé du crime d'incendie. Au procès, l'inspecteur du service des incendies a admis que la cause réelle de l'incendie ne pouvait être déterminée, mais il est arrivé à la conclusion que le sinistre était d'origine criminelle parce que son enquête n'avait révélé aucune cause accidentelle. Après que la poursuite eut présenté sa preuve qui reposait entièrement sur des éléments de preuve circonstancielle, la défense a présenté une requête en verdict imposé d'acquiescement. Le juge du procès a examiné les éléments de preuve d'une manière approfondie et a conclu que la preuve dans son ensemble et en raison de son effet cumulatif ne faisait naître que des soupçons et ne pouvait justifier une conclusion de culpabilité. Il a alors conclu qu'il n'y «avait aucun élément de preuve en vertu desquels un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable pourrait conclure à la culpabilité de l'accusé», et par conséquent, il a dit au jury de rendre un verdict de non-culpabilité. En appel, le verdict d'acquiescement a été annulé et un nouveau procès a été ordonné. La Cour d'appel a conclu qu'il y avait «une preuve *prima facie* suffisante pour justifier le rejet de la requête en verdict imposé d'acquiescement» et que le juge du procès a usurpé la fonction du jury en évaluant la preuve et en tirant des conclusions. Le présent pourvoi vise à déterminer si la preuve aurait dû être présentée au jury.

*Held:* The appeal should be dismissed.

A trial judge is not justified to direct a verdict of acquittal where there is before the court any admissible evidence which, if believed by a properly charged jury acting reasonably, would justify a conviction—the *Shephard* test. This test is applicable to a case resting on direct as well as circumstantial evidence. It is not the function of the trial judge to weigh the evidence, to test its quality or reliability once a determination of its admissibility has been made. It is also not for the trial judge to draw inferences of fact from the evidence before him. These functions are for the trier of fact, the jury. In the present case, the appellant argued that there was no evidence as to the nature of the fire and therefore the commission of a crime. Although the expert evidence of the fire inspector did not afford evidence of an incendiary origin for the fire, the incendiary origin could be inferred from other inculpatory circumstances which could link the appellant to the fire. The evidence relating to appellant's motive, opportunity and the contradictions in his statement to the fire inspector met the *Shephard* test and the case should have been left to the jury. It was not open to the judge in a jury trial to consider the weight of the evidence. This is the function of the jury and it should be left to them.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Le juge du procès n'est pas justifié d'imposer un verdict d'acquiescement lorsqu'il existe des éléments de preuve admissibles qui, si un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable y accorde foi, justifieraient une déclaration de culpabilité (le critère de l'arrêt *Shephard*). Ce critère s'applique à une affaire fondée sur la preuve directe de même que sur la preuve circonstancielle. Ce n'est pas la fonction du juge du procès d'évaluer la preuve, en vérifiant sa force probante ou sa fiabilité lorsqu'on a décidé qu'elle était admissible. En outre, il n'incombe pas au juge du procès de faire des déductions de fait d'après les éléments de preuve qui lui sont présentés. Ces fonctions incombent au juge des faits, le jury. En l'espèce, l'appellant a soutenu qu'il n'y avait aucun élément de preuve quant à la nature de l'incendie et, par conséquent, quant à la perpétration d'un crime. Bien que le témoignage d'expert de l'inspecteur du service des incendies ne constitue pas un élément de preuve de l'origine criminelle du sinistre, celle-ci pouvait être déduite à partir d'autres circonstances incriminantes qui pourraient relier l'appellant à l'incendie. Les éléments de preuve relatifs au mobile, à l'occasion de commettre l'infraction et aux contradictions dans la déclaration de l'appellant à l'inspecteur du service des incendies satisfaisaient aux critères de l'arrêt *Shephard* et auraient dû être présentés au jury. Ce n'était pas au juge, dans un procès avec jury, d'évaluer la force probante des éléments de preuve. C'est la fonction du jury et cela devrait le rester.

#### Cases Cited

**Applied:** *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; **referred to:** *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396; *R. v. Kavanagh* (1972), 8 C.C.C. (2d) 296; *R. v. Girvin* (1911), 3 Alta. L.R. 387 (S.C. *en banc*), aff'd (1911), 45 S.C.R. 167; *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181; *R. v. Burton* (1854), Dears. 282, 169 E.R. 728; *R. v. Syms* (1979), 47 C.C.C. (2d) 114; *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 618(2)(a) [rep. & subs. 1974-75-76, c. 105, s. 18(2)].

#### Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.  
McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora (Ontario): Canada Law Books, 1984.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; **arrêts mentionnés:** *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. v. Comba*, [1938] R.C.S. 396; *R. v. Kavanagh* (1972), 8 C.C.C. (2d) 296; *R. v. Girvin* (1911), 3 Alta. L.R. 387 (C.S. *en banc*), conf. (1911), 45 R.C.S. 167; *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181; *R. v. Burton* (1854), Dears. 282, 169 E.R. 728; *R. v. Syms* (1979), 47 C.C.C. (2d) 114; *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 618(2)(a) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 18(2)].

#### Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.  
McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora (Ontario): Canada Law Books, 1984.

Wills, William. *An Essay on the Principles of Circumstantial Evidence*, 6th ed. Edited by Sir Alfred Wills. London: Butterworths, 1912.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 38 O.R. (2d) 651, 137 D.L.R. (3d) 243, 67 C.C.C. (2d) 489, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of arson and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Edward L. Greenspan, Q.C.*, for the appellant.

*Douglas C. Hunt, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This case raises the question of the test to be applied by a trial judge when a motion is made by the defence for a directed verdict of acquittal after the close of the Crown's case and before the defence has elected whether or not to call evidence.

The appellant was the proprietor of a men's clothing store in Sudbury. The shop was situated on the ground floor of a three storey building, the remainder of that floor was occupied by a jewellery store, and the upper floors of the building contained residential apartments. On January 12, 1980, the building was destroyed by a fire which began in the basement of the appellant's portion of the building.

The officials of the Sudbury Fire Department conducted an investigation into the causes of the fire. On January 12, 1980, as part of the investigation, the appellant was questioned by Inspector McLean and he gave the following statement:

On January 12, 1980, I closed the store at 17:00 hours and I locked the cleaning staff in the store. The employees names were Laura Tycoor and her daughter. They have been cleaning the store for the past two or three years. When they finished cleaning the store, they called me to pick them up to drive them home. It was approximately 18:15 hours when I picked them up. I dropped Laura off on Kathleen Street and her daughter at the corner of Gilmor and Victoria. I then proceeded to my home on Tielstar stopping at the Pinto store for a newspaper.

Wills, William. *An Essay on the Principles of Circumstantial Evidence*, 6th ed. Edited by Sir Alfred Wills. London: Butterworths, 1912.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 38 O.R. (2d) 651, 137 D.L.R. (3d) 243, 67 C.C.C. (2d) 489, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquittal de l'accusé à l'égard d'une accusation de crime d'incendie et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Edward L. Greenspan, c.r.*, pour l'appellant.

*Douglas C. Hunt, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi souleve la question du critère que doit appliquer le juge du procès lorsque la défense présente une requête en vue d'obtenir un verdict imposé d'acquittal après que la poursuite a présenté sa preuve et avant que la défense ait choisi de présenter ou non la sienne.

L'appellant était propriétaire d'une boutique de vêtements pour hommes à Sudbury. La boutique partageait le rez-de-chaussée d'un immeuble de trois étages avec une bijouterie et des appartements se trouvaient aux étages supérieurs. Le 12 janvier 1980, l'immeuble a été détruit par un incendie qui a pris naissance dans le sous-sol de la partie de l'immeuble occupée par l'appellant.

Les agents du service des incendies de Sudbury ont fait une enquête pour découvrir les causes du sinistre. Le 12 janvier 1980, dans le cadre de l'enquête, l'appellant a été interrogé par l'inspecteur McLean et il a répondu de la manière suivante:

[TRADUCTION] Le 12 janvier 1980, j'ai fermé la boutique à 17 h et j'ai verrouillé la porte en laissant l'équipe de nettoyage dans la boutique. Ces employés étaient Laura Tycoor et sa fille. Elles s'occupaient du nettoyage de la boutique depuis deux ou trois ans. Lorsqu'elles eurent fini leur travail, elles m'ont appelé pour que j'aille les chercher pour les conduire à la maison. Il était environ 18 h 15 lorsque je suis allé les chercher. J'ai laissé Laura sur la rue Kathleen et sa fille au coin des rues Gilmour et Victoria. Je suis ensuite rentré à la maison sur la rue Tielstar en arrêtant au magasin Pinto pour acheter un journal.



When I picked up the girls I accompanied the girls downstairs to put away the vacuum cleaner and cleaning supplies. The three of us put on our coats and left by the front door locking it behind me. When I was in the store I could smell some smoke but I took it for granted it was the vacuum cleaner because Laura had called me previously when she was cleaning, complaining that the vacuum cleaner was heating up and smoking. I told her to unplug the vacuum cleaner and bring it downstairs.

When I returned at 18:15 I looked at the vacuum cleaner and it was so hot that I could not touch it. The vacuum cleaner was sitting very close to empty cardboard boxes. When I say close, I mean inches. When I walked into the store I could smell smoke and I could also see a very fine cloud of smoke. I could not tell whether the smoke was of burning electrical wires but I presumed it was the vacuum cleaner. It was at this time after placing the vacuum cleaner in the basement area that we left. After dropping the girls off I returned home arriving at approximately 19:00 hours. When I walked into the house my wife informed me about the fire and I returned to store.

I have \$50,000.00 coverage on the stock, \$25,000.00 on fixtures and \$37,500.00 business interruption. The insurance is under my name and I am the sole owner of the store. I am indebted to the Toronto-Dominion Bank for a business loan in the amount of approximately \$50,000.00. I also owe one supplier Lou Myles of Toronto approximately \$30,000.00. I have been the owner of the business for three years.

The inspector was of the view that the fire was set. He admitted that the actual cause of the fire could not be determined, but he reached the conclusion that the fire was of incendiary origin because his investigation revealed no accidental cause. No evidence of the employment of accelerants to cause or advance the fire was found, but firemen testified that in a fire causing such extensive damage there is often no indication of how it started. A number of persons were known to have had access to the appellant's shop. In addition to the front entrance, access could be gained into the basement through a door connecting the appellant's basement with the adjoining jewellery store. There was no evidence to show that the appellant was in extreme financial difficulty, although he had substantial financial obligations somewhat in excess of what

Lorsque je suis allé chercher les filles, je les ai accompagnées au sous-sol pour ranger l'aspirateur et les produits de nettoyage. Nous avons tous trois mis nos manteaux et sommes sortis par la porte avant en la verrouillant derrière nous. Lorsque j'étais dans la boutique j'ai senti de la fumée mais j'ai pris pour acquis qu'il s'agissait de l'aspirateur parce que Laura m'avait appelé auparavant lorsqu'elle faisait le nettoyage pour se plaindre du fait que l'aspirateur chauffait et fumait. Je lui ai dit de le débrancher et de le descendre au sous-sol.

Lorsque je suis revenu à 18 h 15, j'ai examiné l'aspirateur et il était tellement chaud que je ne pouvais y toucher. L'aspirateur se trouvait très près de boîtes en carton vides. Lorsque je dis près, je veux dire à quelques pouces de celles-ci. Lorsque je suis entré dans la boutique, j'ai senti de la fumée et j'ai également vu un léger nuage de fumée. Je ne pouvais dire si la fumée provenait de fils électriques qui brûlaient, mais j'ai présumé qu'il s'agissait de l'aspirateur. C'est à ce moment-là, après avoir placé l'aspirateur au sous-sol, que nous sommes partis. Après avoir laissé les filles, je suis revenu à la maison vers 19 h. Lorsque je suis rentré à la maison, mon épouse m'a annoncé l'incendie et je suis revenu à la boutique.

J'ai une assurance de 50 000 \$ sur la marchandise, de 25 000 \$ sur le matériel et de 37 500 \$ pour couvrir l'interruption des activités commerciales. L'assurance est à mon nom et je suis le seul propriétaire de la boutique. J'ai contracté un prêt commercial d'environ 50 000 \$ à la Banque Toronto-Dominion. Je dois également environ 30 000 \$ à Lou Myles un fournisseur de Toronto. J'ai été le propriétaire du commerce pendant trois ans.

L'inspecteur était d'avis que l'incendie avait été allumé délibérément. Il a admis que la cause réelle de l'incendie ne pouvait être déterminée, mais il est arrivé à la conclusion que le sinistre était d'origine criminelle parce que son enquête n'avait révélé aucune cause accidentelle. On n'a trouvé aucun élément de preuve relatif à l'emploi de catalyseur pour causer ou répandre le feu, mais des pompiers ont déposé que dans le cas d'un incendie causant des dommages aussi importants, il n'y a souvent aucune indication de la manière dont il a pris naissance. Un certain nombre de personnes avaient accès à la boutique de l'appellant. En plus de la porte principale, on pouvait entrer dans le sous-sol par une porte reliant le sous-sol de l'appellant à celui de la bijouterie. Il n'y a aucun élément de preuve démontrant que l'appellant se trouvait dans

he admitted in his statement. He was not shown to have been pressed by creditors, nor was it shown that he would profit in any substantial degree from the fire.

The appellant was charged with setting the fire and was tried in April and May of 1981 in the Ontario District Court in Sudbury. At the close of the Crown's case and before the appellant had elected whether to call evidence, the trial judge on a defence motion directed a verdict of acquittal. With some apparent reluctance, the jury acquitted. An appeal by the Crown was allowed and this appeal comes as of right, in accordance with the provisions of s. 618(2)(a) of the *Criminal Code*.

The trial judge observed that the case for the Crown rested entirely on circumstantial evidence. He referred to the following words of Duff C.J. in this Court in *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396, at p. 397:

It is admitted by the Crown, as the fact is, that the verdict rests solely upon a basis of circumstantial evidence. In such cases, by the long settled rule of the common law, which is the rule of law in Canada, the jury, before finding a prisoner guilty upon such evidence, must be satisfied not only that the circumstances are consistent with a conclusion that the criminal act was committed by the accused, but also that the facts are such as to be inconsistent with any other rational conclusion than that the accused is the guilty person.

He laid stress upon the Chief Justice's further words, at pp. 397-98:

We agree with the majority of the Court of Appeal, whose reasons for their judgment we find convincing and conclusive, that the learned trial judge ought, on the application made by counsel for the prisoner at the close of the evidence for the Crown, to have told the jury that, in view of the dubious nature of the evidence, it would be unsafe to find the prisoner guilty, and to have directed them to return a verdict of acquittal accordingly.

He went on to conclude that the test is no different whether the evidence is direct or circumstantial. In his view, the question to be answered was: is there

une situation financière extrêmement difficile, bien qu'il eût des obligations financières un peu plus importantes que celles qu'il a admis dans sa déclaration. On n'a pas démontré qu'il ait été harcelé par ses créanciers ni qu'il tirerait profit d'une manière substantielle de l'incendie.

L'appelant a été accusé d'avoir allumé l'incendie et a subi son procès en avril et en mai 1981 devant la Cour de district de l'Ontario à Sudbury. Après que la poursuite eut présentée sa preuve et avant que l'appelant ait choisi de présenter la sienne, le juge du procès, à la requête de la défense, a imposé un verdict d'acquittal. Le jury l'a acquitté avec, semble-t-il, une certaine hésitation. L'appel du ministère public a été accueilli et ce pourvoi nous est soumis de plein droit, conformément aux dispositions de l'al. 618(2)a) du *Code criminel*.

Le juge du procès a fait remarquer que la preuve de la poursuite reposait entièrement sur des éléments de preuve circonstancielle. Il a mentionné l'exposé suivant du juge en chef Duff de cette Cour dans l'arrêt *R. v. Comba*, [1938] R.C.S. 396, à la p. 397:

[TRADUCTION] Le ministère public admet qu'en fait, le verdict repose uniquement sur une preuve indirecte. Dans de tels cas, conformément à la règle de *common law* établie depuis longtemps, qui est le principe en vigueur au Canada, le jury, avant de conclure à la culpabilité d'un prisonnier sur la foi d'une preuve indirecte, doit être convaincu non seulement que les faits sont compatibles avec la culpabilité de l'inculpé, mais encore que toute autre conclusion serait illogique.

Il a souligné un autre passage des motifs du Juge en chef aux pp. 397 et 398:

[TRADUCTION] Nous sommes d'accord avec les juges formant la majorité de la Cour d'appel, dont nous considérons les motifs convaincants et décisifs, pour dire que le savant juge du procès aurait dû, à la demande de l'avocat du détenu, après la présentation de la preuve de la poursuite, dire au jury que, vu la nature douteuse de la preuve offerte, il serait dangereux de déclarer le détenu coupable, et qu'il aurait dû lui imposer un verdict d'acquittal en conséquence.

Il a ensuite conclu que le critère n'était pas différent que la preuve soit directe ou circonstancielle. À son avis, la question à laquelle il fallait répondre

some evidence from which a jury properly instructed could reasonably come to the conclusion that the accused had been proved guilty? He referred to the words of MacKay J.A., speaking for the majority in the Ontario Court of Appeal in *R. v. Kavanagh* (1972), 8 C.C.C. (2d) 296, at p. 301:

It was held by this court in *R. v. Mackey*, [1971] 3 O.R. 327, 4 C.C.C. (2d) 192, 14 C.R.N.S. 254, that on a motion for a directed verdict a trial Judge can only rule on whether there is any evidence which can properly be left to the jury. The question of reasonable doubt and the applicability of the rule in *Hodge's Case* does not arise at the close of the Crown's case where the accused has not elected against calling evidence. In the case of a jury trial I am of the opinion that it is immaterial whether the accused has or has not elected to call evidence. The function of the trial Judge on the motion is only to decide if there is any evidence to go to the jury. To hold otherwise would be to permit the Judge to usurp the function of the jury.

Adopting these words as the appropriate test, he reviewed the evidence extensively and apparently being unsatisfied with its force and effect, he concluded:

I conclude then that the evidence in total and its cumulative effect gives rise to suspicion only, and cannot justify the drawing of an inference of guilt. There is then, in my judgment, no evidence upon which a jury properly charged and acting reasonably could find the accused guilty, and I therefore will direct the jury to bring in a verdict of not guilty.

The Crown's appeal was allowed (1982), 67 C.C.C. (2d) 489. It is evident that the Court of Appeal had no quarrel with the general statement of law relating to the test to be applied by a trial judge. Lacourcière J.A., writing for the court (Martin, Lacourcière and Goodman J.J.A.), expressed a difference with the trial judge, not on the law but on its application. He reviewed the evidence in some detail and reached the conclusion that there was "sufficient *prima facie* evidence to justify a dismissal of the motion for a directed verdict of acquittal". The weight to be given to

était de savoir s'il y avait des éléments de preuve d'après lesquels un jury qui aurait reçu des directives appropriées pouvait raisonnablement arriver à la conclusion qu'on avait démontré la culpabilité de l'accusé. Il a mentionné ce qu'a dit le juge MacKay au nom de la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Kavanagh* (1972), 8 C.C.C. (2d) 296, à la p. 301:

[TRADUCTION] Cette Cour a conclu dans l'arrêt *R. v. Mackey*, [1971] 3 O.R. 327, 4 C.C.C. (2d) 192, 14 C.R.N.S. 254, qu'à l'égard d'une requête en vue d'obtenir un verdict imposé, le juge du procès ne peut statuer que sur la question de savoir s'il y a des éléments de preuve qui peuvent être à bon droit présentés au jury. La question du doute raisonnable et l'applicabilité de la règle de l'arrêt *Hodge* ne se pose pas après la présentation de la preuve de la poursuite lorsque l'accusé n'a pas choisi de ne pas présenter de preuve. Dans le cas d'un procès avec jury, je suis d'avis qu'il n'est pas important de savoir si l'accusé avait ou non choisi de présenter sa preuve. La fonction du juge du procès en ce qui a trait à la requête est seulement de décider s'il y a des éléments de preuve à présenter au jury. Toute autre conclusion permettrait au juge d'usurper la fonction du jury.

En adoptant ce passage comme le critère approprié, il a examiné les éléments de preuve d'une manière approfondie et paraissant insatisfait de leur valeur probante, il a conclu:

[TRADUCTION] Je conclus donc que la preuve dans son ensemble et en raison de son effet cumulatif ne fait naître que des soupçons et ne peut justifier une conclusion de culpabilité. Il n'y a alors à mon avis aucun élément de preuve en vertu desquels un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable pourrait conclure à la culpabilité de l'accusé et, par conséquent, j'ordonne au jury de rendre un verdict de non-culpabilité.

L'appel du ministère public a été accueilli (1982), 67 C.C.C. (2d) 489. Il est évident que la Cour d'appel ne contestait pas la déclaration générale du droit relatif au critère à appliquer par le juge du procès. Le juge Lacourcière, au nom de la Cour composée également des juges Martin et Goodman, a exprimé une opinion différente de celle du juge du procès non pas sur le droit mais sur son application. Il a examiné les éléments de preuve en détail et est arrivé à la conclusion qu'il y avait [TRADUCTION] «une preuve *prima facie* suffisante pour justifier le rejet de la requête en

such evidence and the inferences to be drawn from it were questions for the jury. He expressed the view, at p. 497, that:

... notwithstanding his express statement to the contrary, the trial judge attempted to weigh the evidence and to determine what inferences he himself, sitting without a jury, would draw. In doing so, he effectively usurped the function of the jury.

There is only one question which arises in this appeal. Should the case have gone to the jury after the defence had either called evidence or declined to do so, or should the acquittal have been directed? At this point in these proceedings it is not for this Court, nor was it for the Court of Appeal, to reach a conclusion or even to consider the issue of guilt or innocence. Our sole concern is to inquire whether there was a case made by the Crown at trial which ought to have been left to the jury for that determination.

The law on this subject is well settled. In *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, Ritchie J., speaking for the majority of the Court, said, at p. 1080:

I agree that the duty imposed upon a "justice" under s. 475(1) is the same as that which governs a trial judge sitting with a jury in deciding whether the evidence is "sufficient" to justify him in withdrawing the case from the jury and this is to be determined according to whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty. The "justice", in accordance with this principle, is, in my opinion, required to commit an accused person for trial in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction. [Emphasis added.]

The matter came up for discussion in this Court more recently in *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802. In that case, the majority (Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Le Dain JJ.) reaffirmed the authority of the judgment of Ritchie J. in *Shephard* and reviewed many of the authorities on which it is based. *R. v. Comba*, *supra*, relied on by the appellant and adopted by the trial judge in the case at bar, was discussed and distinguished from *Mezzo* in that it was a case

verdict imposé d'acquiescement». L'importance qu'il faut accorder à de tels éléments de preuve et les conclusions qui doivent en être tirées sont des questions posées au jury. Il a exprimé l'opinion, à la p. 497, que:

[TRADUCTION] ... nonobstant sa déclaration expresse à l'effet contraire, le juge du procès a tenté d'évaluer la preuve et de déterminer les conclusions qu'il tirerait s'il siégeait sans jury. Ainsi, il a, en fait, usurpé la fonction du jury.

Le présent pourvoi ne soulève qu'une seule question. La preuve aurait-elle dû être présentée au jury après que la défense eut présentée sa preuve ou qu'elle se fut abstenue de le faire ou l'acquiescement aurait-il dû être imposé? À ce stade des procédures, cette Cour n'a pas, pas plus que la Cour d'appel, à conclure à la culpabilité ou à l'innocence ou même à examiner cette question. Notre seule préoccupation est de voir s'il y avait une preuve présentée par la poursuite au procès qui aurait dû être soumise au jury afin qu'il arrive à cette conclusion.

Le droit à ce sujet est bien établi. Dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, le juge Ritchie au nom de la Cour à la majorité, a dit à la p. 1080:

Je conviens que le devoir imposé à un «juge de paix» aux termes du par. (1) de l'art. 475 est le même que celui du juge du procès siégeant avec un jury lorsqu'il doit décider si la preuve est «suffisante» pour dessaisir le jury selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité. Conformément à ce principe, j'estime que le «juge de paix» doit renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès chaque fois qu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité. [Je souligne.]

La question a été discutée plus récemment par cette Cour dans l'arrêt *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802. Dans cet arrêt, la majorité, composée des juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Le Dain, a de nouveau confirmé la valeur de précédent du jugement du juge Ritchie dans l'affaire *Shephard* et a passé en revue plusieurs des arrêts sur lesquels il est fondé. L'arrêt *R. v. Comba*, précité, sur lequel s'est fondé l'appellant et qui a été adopté par le juge du procès en l'espèce, a

where there was no evidence to go to the jury. In relying on the *Shephard* case, I am in agreement as to the law, both with the trial judge and the Court of Appeal. The *Shephard* test for the giving of a directed verdict applies to a case resting solely on circumstantial evidence as well as one based on direct evidence. The question of whether circumstantial evidence meets the requirement of the so-called rule in *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136, is for the jury to determine. This was settled in *Mezzo*, at pp. 842-43, in these terms:

I am aware, of course, that in *R. v. Knox*, [1968] 2 C.C.C. 348, and *R. v. Sawrenko* (1971), 4 C.C.C. (2d) 338, the British Columbia Court of Appeal and the Court of Appeal for the Yukon Territory held that, when faced with a motion for a directed verdict in a case dependent on circumstantial evidence, it was the duty of the trial judge to decide whether the evidence satisfied the rule in *Hodge's Case*. Only if it did, was the case to go to the jury for determination of guilt or innocence. In this sense a weighing process or an assessment of quality was contemplated on the part of the judge. Those cases, however, were effectively overruled in this Court in *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181, and *Lavoie v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 193, and even in circumstantial cases the law now is that any determination as to compliance with the rule in *Hodge's Case* would be left to the jury. [Emphasis added.]

Where there is before the court any admissible evidence, whether direct or circumstantial, which, if believed by a properly charged jury acting reasonably, would justify a conviction, the trial judge is not justified in directing a verdict of acquittal. It is not the function of the trial judge to weigh the evidence, to test its quality or reliability once a determination of its admissibility has been made. It is not for the trial judge to draw inferences of fact from the evidence before him. These functions are for the trier of fact, the jury.

fait l'objet d'une discussion dans l'arrêt *Mezzo* et on a établi une distinction d'avec cet arrêt en soulignant qu'il s'agissait d'une affaire où il n'y avait aucun élément de preuve à présenter au jury. En me fondant sur l'arrêt *Shephard*, je suis d'accord en ce qui a trait au droit, à la fois avec le juge du procès et la Cour d'appel. Le critère de l'arrêt *Shephard* en ce qui a trait au verdict imposé s'applique à une affaire fondée uniquement sur la preuve circonstancielle de même que celle fondée sur la preuve directe. La question de savoir si la preuve circonstancielle satisfait à l'exigence de la règle dite de l'arrêt *Hodge* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136, doit être tranchée par le jury. Cette question a été réglée dans l'arrêt *Mezzo* aux pp. 842 et 843 de la manière suivante:

Je sais bien, naturellement, que dans les arrêts *R. v. Knox*, [1968] 2 C.C.C. 348, et *R. v. Sawrenko* (1971), 4 C.C.C. (2d) 338, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et la Cour d'appel du territoire du Yukon ont jugé que, lorsqu'il est saisi d'une requête en obtention d'un verdict imposé dans une affaire qui repose sur une preuve indirecte, il est du devoir du juge du procès de décider si cette preuve satisfait à la règle de l'affaire *Hodge*. Ce n'est que si elle y satisfait que le jury doit en être saisi en vue de décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. En ce sens, un processus d'évaluation ou d'examen de la qualité de la preuve est envisagé pour le juge. Toutefois, cette jurisprudence a effectivement été rejetée par cette Cour dans les arrêts *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181, et *Lavoie c. La Reine*, [1977] 1 R.S.C. 193, et même dans les affaires qui reposent sur une preuve indirecte, la règle qui s'applique maintenant porte que toute décision quant au respect de la règle de l'affaire *Hodge* relève du jury. [Je souligne.]

Lorsqu'on présente au tribunal un élément de preuve admissible, direct ou circonstancielle qui, s'il était accepté par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, justifierait une déclaration de culpabilité, le juge du procès n'est pas justifié d'imposer un verdict d'acquittal. Le juge du procès n'a pas pour fonction d'évaluer la preuve en vérifiant sa force probante ou sa fiabilité lorsqu'on a décidé qu'elle était admissible. Il n'incombe pas au juge du procès de faire des inférences de fait d'après les éléments de preuve qui lui sont présentés. Ces fonctions incombent au jury des faits, le jury.

Turning now to the case at bar, the appellant does not dispute the validity of the *Shephard* test. As I understand the principal argument advanced for the appellant, it is that there was no evidence as to the cause of the fire. It is asserted that the evidence of fire inspector McLean does not afford the basis for any finding that the fire was of an incendiary origin. The most that can be made of it is that the cause of the fire is unexplained. This proposition is vital to the appellant's argument and, in his view, is decisive. If there is no evidence of an incendiary origin for the fire, there is no evidence of the commission of a crime. Other matters may be shown in evidence, there may be evidence of opportunity or of motive, or of financial problems, or of hope of profit from the fire, and there may be other suspicious factors but, in the absence of evidence of the commission of a crime, they relate to no criminal conduct and are themselves no evidence of criminal conduct. It was said to be error on the part of the Court of Appeal to consider what could be suspicious circumstances in the absence of a finding of evidence of the commission of a crime.

Lacourcière J.A. acknowledged that the expert evidence of the fire inspector alone did not afford evidence of the unlawful setting of a fire. He said: "taken by themselves, the findings of Inspector MacLean [*sic*] could at best support the conclusion that the origin of the fire was unexplained" (p. 492). However, later he said (at p. 493):

In most prosecutions for arson, the Crown must depend on circumstantial evidence. The circumstances must be sufficient to exclude every reasonable hypothesis other than a wilful and intentional burning in order to rebut the presumption that the burning was of accidental or natural origin. However, the facts and circumstances which tend to prove the incendiary origin of a fire are often inter-woven, as in the present case, with other facts and circumstances which tend to connect the accused with the crime such as the presence of a motive,

Si on examine maintenant l'espèce, l'appellant ne conteste pas la validité du critère de l'arrêt *Shephard*. Selon mon interprétation de l'argument principal présenté par l'appellant, il n'y a aucun élément de preuve relatif à la cause de l'incendie. On allègue que le témoignage de McLean, l'inspecteur du service des incendies, ne permet pas de conclure que le sinistre était d'origine criminelle. Le plus qu'on peut en tirer, c'est que la cause de l'incendie est inexpliquée. Cette proposition est vitale pour l'argument de l'appellant et à son avis elle est décisive. S'il n'y a pas d'éléments de preuve indiquant que le sinistre est d'origine criminelle, il n'y a aucun élément de preuve quant à la perpétration d'un crime. D'autres éléments peuvent être présentés en preuve, il peut y avoir des preuves portant sur l'occasion de perpétrer l'infraction, sur le mobile, sur des difficultés financières ou sur l'espérance de tirer profit de l'incendie et il peut y avoir d'autres facteurs entraînant des soupçons mais, en l'absence de la preuve de la perpétration d'un crime, ils ne se rapportent à aucune conduite criminelle et ne constituent pas eux-mêmes des éléments de preuve d'une conduite criminelle. On a dit que la Cour d'appel commettait une erreur en tenant compte de ce qui pourrait constituer des circonstances suspectes en l'absence d'une conclusion quant à l'existence d'éléments de preuve de la perpétration d'un crime.

Le juge Lacourcière a reconnu que le seul témoignage d'expert de l'inspecteur du service des incendies ne constituait pas un élément de preuve d'un incendie allumé illégalement. Il a dit: [TRADUCTION] «En elles-mêmes, les conclusions de l'inspecteur McLean pouvaient au mieux appuyer la conclusion selon laquelle l'origine de l'incendie était inexpliquée» (p. 492). Toutefois, par la suite il a dit (à la p. 493):

[TRADUCTION] Dans la plupart des poursuites en matière de crime d'incendie, la poursuite doit se fonder sur la preuve circonstancielle. Les circonstances doivent être suffisantes pour exclure toute hypothèse raisonnable autre que le fait d'avoir mis le feu volontairement et de manière intentionnelle pour réfuter la présomption selon laquelle l'incendie était d'origine accidentelle ou naturelle. Toutefois, les faits et les circonstances qui tendent à prouver l'incendie criminelle sont souvent entremêlés, comme en l'espèce, avec d'autres faits et circonstances

and the clear opportunity of the accused together with his subsequent incriminatory statements.

In this connection, the Crown had adduced evidence from which the jury could reasonably infer that the respondent had a motive to set fire to the building; the learned trial judge made no reference to motive in his ruling. It is conceded by Mr. Watt that the evidence of motive is not overwhelming. However, the circumstances of the respondent's indebtedness to the bank and to his suppliers, the fireman's evidence that there was not much stock visible when he entered the respondent's premises despite the purchase of large quantities of garments, the arrears of rent and the insurance coverage were sufficient to leave the question of motive for the consideration of the jury.

He went on to review some of the evidence which was before the court and concluded, as noted above, that the trial judge had attempted to weigh the evidence and in so doing had usurped the function of the jury.

To reach a conclusion in this case, some consideration of the evidence is involved. The Crown in seeking to establish its case tendered evidence which for our purposes may be grouped under four headings:

1. The nature of the fire.
2. The motive of the appellant.
3. The opportunity on the part of the appellant.
4. Contradictions within the appellant's own statement.

#### Nature of the Fire

As has already been mentioned, the appellant argued that there was no evidence as to the nature of the fire and, therefore, the commission of a crime. Evidence on other questions which would ordinarily be relevant has no evidentiary value and provides no evidence in the absence of proof of the incendiary nature of the fire. It is true, of course, that neither the trial judge nor the Court of Appeal considered that the evidence of the fire investigation, by itself, offered any evidence as to

qui tendent à relier l'accusé avec le crime comme la présence d'un mobile, et l'occasion évidente de le perpétrer ainsi que les déclarations incriminantes subséquentes de l'accusé.

*a* À cet égard, le ministère public a présenté les éléments de preuve à partir desquels le jury pouvait raisonnablement déduire que l'intimé avait un mobile pour mettre le feu à l'immeuble; le juge du procès n'a nullement mentionné ce mobile dans sa décision. M<sup>e</sup> Watt *b* admet que l'élément de preuve du mobile n'est pas accablant. Toutefois, les circonstances de l'endettement de l'intimé envers la banque et envers ses fournisseurs, le témoignage du pompier selon lequel il n'y avait pas beaucoup de marchandises lorsqu'il est entré dans la boutique de l'intimé malgré l'achat de grandes quantités de vêtements, les arriérés de la location et la couverture de l'assurance étaient suffisants pour permettre de poser la question du mobile au jury.

*d* Il a ensuite passé en revue certains des éléments de preuve qui avaient été présentés à la cour et a conclu, comme je l'ai mentionné précédemment, que le juge du procès avait tenté d'évaluer les éléments de preuve et qu'ainsi il avait usurpé la *e* fonction du jury.

Pour parvenir à une conclusion en l'espèce, il faut examiner les éléments de preuve. Le ministère public en cherchant à établir sa preuve a présenté des éléments de preuve qui, pour nos fins, peuvent être groupés sous quatre rubriques:

1. La nature de l'incendie.
2. Le mobile de l'appellant.
3. L'occasion de perpétrer l'infraction.
4. Les contradictions dans la propre déclaration de l'appellant.

#### *h* La nature de l'incendie

Comme je l'ai déjà mentionné, l'appellant a soutenu qu'il n'y avait aucun élément de preuve quant à la nature de l'incendie et, par conséquent, quant à la perpétration d'un crime. Les éléments de preuve relatifs à d'autres questions qui ordinairement seraient pertinentes n'ont aucune valeur probante et ne fournissent aucun élément en l'absence d'une preuve que le sinistre était de nature criminelle. Il est évidemment vrai que ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'ont considéré que la

the nature of the fire. At best, it was considered by the Court of Appeal to leave the nature or cause of the fire unexplained. May then evidence of other matters—motive, opportunity, financial difficulty and possibility of gain—be considered as evidence going to prove the crime of arson?

The position of the Court of Appeal is supported in the authorities. The courts have frequently recognized the fact that the *corpus delicti*, that is, the act which constitutes the crime, in this case the setting of the fire, may be proved by circumstantial evidence. This subject is dealt with at Chapter 17, and following chapters, of McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984). At page 541, the author refers to the words of Wills, *An Essay on the Principles of Circumstantial Evidence* (6th ed. 1912), at p. 326:

It is clearly established law that it is not necessary that the *corpus delicti* should be proved by direct and positive evidence, and it would be most unreasonable to require such evidence. Crimes, and especially those of the worst kinds, are naturally committed at chosen times, and in darkness and secrecy; and human tribunals must act upon such indications as the circumstances of the case present . . .

In *R. v. Girvin* (1911), 3 Alta. L.R. 387 (S.C. *en banc*), Beck J. recognized the application of this principle to the crime of arson. He said, at p. 398:

[T]here is no proof here of *corpus delicti*, that is, that the cause of the fire was otherwise than accidental. Fires occurring accidentally are common, and any given fire must be assumed to have been accidental until evidence is adduced of intention . . . No doubt, the evidence of the *corpus delicti* and the evidence of the guilt of an accused may often be more or less inseparable, and that is quite properly suggested as the case here.

Beck J. went on to hold in that case that there were no other inculpatory circumstances going far enough to raise more than suspicion. The Supreme Court of Canada (1911), 45 S.C.R. 167, dismissed

preuve que constitue l'enquête du service des incendies, en elle-même, était un élément de preuve quant à la nature de l'incendie. Tout au plus, la Cour d'appel a envisagé de laisser la nature ou la cause de l'incendie inexplicée. Alors d'autres éléments qui sont établis—le mobile, l'occasion de perpétrer l'infraction, les difficultés financières et la possibilité de réaliser un profit—doivent-ils être considérés comme des éléments de preuve pour démontrer le crime d'incendie?

La position de la Cour d'appel est appuyée par la jurisprudence et la doctrine. Les tribunaux ont souvent reconnu le fait que le *corpus delicti*, c'est-à-dire, l'acte qui constitue le crime, soit en l'espèce le fait de mettre le feu, peut être démontré au moyen d'une preuve circonstancielle. Ce sujet est traité aux chapitres 17 et suivants de l'ouvrage de McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984). À la page 541, l'auteur renvoie au passage de Wills, *An Essay on the Principles of Circumstantial Evidence* (6th ed. 1912), à la p. 326:

[TRADUCTION] Il est clairement établi en droit qu'il n'est pas nécessaire de démontrer le *corpus delicti* au moyen d'une preuve directe et positive et il serait très déraisonnable d'exiger une telle preuve. Les crimes et spécialement les pires, sont évidemment commis à des moments choisis, dans l'obscurité et le secret; et les tribunaux humains doivent agir d'après les indications qui découlent des circonstances de l'affaire . . .

Dans *R. v. Girvin* (1911), 3 Alta. L.R. 387 (C.S. *en banc*), le juge Beck a reconnu l'application de ce principe au crime d'incendie. Il a dit à la p. 398:

[TRADUCTION] [I]l n'y a aucune preuve en l'espèce que le *corpus delicti*, c'est-à-dire, que la cause de l'incendie était autre qu'accidentelle. Les incendies qui se produisent de manière accidentelle sont communs et il faut présumer que tout incendie est accidentel jusqu'à ce qu'on ait présenté une preuve du caractère intentionnel. Sans aucun doute, la preuve du *corpus delicti* et la preuve de la culpabilité de l'accusé peuvent souvent être plus ou moins inséparables et c'est ce qui est à juste titre proposé en l'espèce.

Le juge Beck a ensuite conclu qu'il n'y avait aucune autre circonstance incriminante allant assez loin pour soulever plus que des soupçons. La Cour suprême du Canada (1911), 45 R.C.S. 167, a



the appeal, holding in the words of Fitzpatrick C.J., at p. 169, that:

... there is evidence quite sufficient to prove that the house was destroyed by a fire under circumstances which clearly pointed to incendiarism, and that the accused might fairly be presumed to have set the fire.

This principle has been applied more recently. In *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181, the accused was charged with possession of goods knowing them to have been obtained by the commission of theft. The Crown's case was that television sets had been shipped in a sealed rail car which arrived at its destination with the seal intact. The intended recipient never received the sets, they were found in the possession of the accused. On that statement of evidence, the accused moved for a directed verdict of acquittal on the ground that there was no evidence that the sets were stolen. The motion was granted by the trial judge and subsequently upheld in the Court of Appeal for Quebec, but on further appeal to this Court the directed verdict was overturned and a new trial directed. Ritchie J., for the majority of the Court, held that although there was no direct evidence that the goods were stolen the fact that they were found in the accused's possession would leave it open to the jury to find that they were indeed stolen and that the accused was aware of that fact, thus the trial judge should not have granted the motion for a directed verdict. Cross, in *Evidence* (5th ed. 1979) cites, at p. 56, *R. v. Burton* (1854), Dears. 282, 169 E.R. 728, a case in which the accused was seen to come out of a warehouse with a quantity of pepper. As there was a great deal of pepper stored inside the warehouse, it could not be proven that any had been taken. In convicting the accused, however, Maule J. said, at p. 284:

If a man go into the London Docks sober, without means of getting drunk, and comes out of one of the cellars very drunk wherein are a million gallons of wine, I think that would be reasonable evidence that he had stolen some of the wine in that cellar though you could not prove that any wine was stolen or any wine was missed.

rejeté le pourvoi en concluant selon les termes du juge en chef Fitzpatrick, à la p. 619:

[TRADUCTION] ... il y a suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer que la maison a été détruite par un incendie dans des circonstances qui indiquent clairement un crime d'incendie et que l'accusé peut à juste titre être présumé avoir mis le feu.

Ce principe a été appliqué plus récemment. Dans l'arrêt *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181, l'accusé a été inculpé de possession de marchandises qu'il savait obtenue par suite de la perpétration d'un vol. La preuve du ministère public portait que les téléviseurs avaient été expédiés dans un wagon scellé qui l'était encore quand il est arrivé à destination. Le destinataire n'a jamais reçu les appareils qui ont été trouvés en possession de l'accusé. Vu cette preuve, l'accusé a demandé un verdict imposé d'acquiescement pour le mobile qu'il n'y avait aucun élément de preuve que les téléviseurs avaient été volés. La requête a été accueillie par le juge du procès et par la suite confirmée par la Cour d'appel du Québec, mais au pourvoi devant cette Cour, le verdict imposé a été infirmé et un nouveau procès a été ordonné. Le juge Ritchie, au nom de la Cour à la majorité, a conclu que, bien qu'il n'y eût aucun élément de preuve direct que les marchandises avaient été volées, le fait qu'elles eussent été trouvées en possession de l'accusé aurait permis au jury de conclure qu'elles avaient en fait été volées et que l'accusé était au courant de ce fait; par conséquent le juge du procès n'aurait pas dû faire droit à la requête en verdict imposé. Cross, dans son traité intitulé *Evidence* (5th ed. 1979) cite, à la p. 56, l'arrêt *R. v. Burton* (1854), Dears. 282, 169 E.R. 728, dans lequel l'accusé a été aperçu alors qu'il sortait d'un entrepôt, avec une certaine quantité de poivre. Comme il y avait beaucoup de poivre dans l'entrepôt, on n'a pu démontrer que quelqu'un en avait pris une certaine quantité. Toutefois, lorsqu'il a déclaré l'accusé coupable, le juge Maule a dit à la p. 284:

[TRADUCTION] Si un homme entre dans les docks de Londres sobre, sans aucun moyen de se saouler et ressort en état d'ébriété avancée d'un des celliers où se trouvent un million de gallons de vin, je crois que ce serait une preuve raisonnable qu'il a volé une certaine quantité de vin dans le cellier bien qu'on ne pût démontrer que le vin a été volé ni qu'il en manque une certaine quantité.

I am therefore of the opinion that the Court of Appeal was correct in holding that the incendiary origin of the fire could be inferred from other inculpatory circumstances which could link the accused to the fire.

### Motive

In view of the fact that there must be a new trial, I do not wish to comment extensively on the details of the evidence and possibly embarrass the trial judge. There was, however, evidence of the removal of a valuable antique desk by the appellant from his business premises to his home some two days before the fire. There was evidence of a substantial indebtedness to a wholesale supplier of goods. There was evidence of some difficulties with the retail sales tax branch regarding tax owing in respect of the business operation and a substantial assessment had been made upon the business for payment of arrears. There was evidence of a substantial indebtedness to the bank and a bank overdraft. There was, as well, evidence of the appellant's indebtedness arising in connection with the purchase of a home in association with his sister which involves substantial liability on two mortgages. There was evidence of difficulties he had encountered in dealing with his insurance claim involving varying claims and statements. This evidence was such that it should have been left to the jury on the issue of motive.

### Opportunity

There was evidence of opportunity on the part of the appellant to set the fire. It would be for the jury to decide whether or not it was exclusive opportunity. However, since there is evidence of other inculpatory matters, evidence of any opportunity, as opposed to exclusive opportunity, should go to the jury: see *R. v. Syms* (1979), 47 C.C.C. (2d) 114 (Ont. C.A.)

### Appellant's Statement

The appellant's statement given to the fire inspector was contradicted in certain particulars

Par conséquent, je suis d'avis que la Cour d'appel a conclu à bon droit qu'on pouvait déduire que le sinistre était d'origine criminelle à partir d'autres circonstances incriminantes qui pourraient relier l'accusé à l'incendie.

### Le mobile

Compte tenu du fait qu'il doit y avoir un nouveau procès, je ne veux pas m'étendre de manière approfondie sur les détails de la preuve et peut-être gêner le juge du procès. Toutefois, on a démontré que l'appelant avait fait transporter un bureau ancien d'une certaine valeur de son commerce à son domicile environ deux jours avant l'incendie. On a démontré l'existence d'une dette importante envers un grossiste. On a démontré qu'il éprouvait certaines difficultés avec la direction de la taxe sur la vente au détail au sujet de taxes qui étaient dues pour son exploitation commerciale et une cotisation importante avait été faite à l'égard du commerce pour le paiement des arriérés. On a démontré qu'il avait une dette importante envers la banque et un découvert bancaire. Il y avait également une preuve selon laquelle l'appelant avait une dette relativement à l'achat d'une maison en association avec sa sœur, ce qui comprenait des obligations importantes à l'égard de deux hypothèques. On a démontré que sa réclamation d'assurance pour diverses réclamations et déclarations lui avait causé des difficultés. Ces éléments de preuve étaient tels qu'ils auraient dû être soumis au jury relativement à la question du mobile.

### L'occasion

On a démontré que l'appelant avait l'occasion de mettre le feu. Il reviendrait au jury de décider s'il s'agissait d'une occasion exclusive de toute autre possibilité. Toutefois, étant donné qu'il y a des éléments de preuve concernant d'autres questions incriminantes, l'élément de preuve relatif à une occasion, par opposition à l'occasion exclusive de toute autre possibilité, devrait être présenté au jury: voir *R. v. Syms* (1979), 47 C.C.C. (2d) 114 (C.A. Ont.)

### La déclaration de l'appelant

La déclaration que l'appelant a faite à l'inspecteur des incendies a été contredite en ce qui a trait

by the evidence of the cleaning staff. The contradictions themselves afford some evidence, the significance of which would require the consideration of the jury.

In conclusion, I do not suggest that the inculpatory evidence is conclusive or even persuasive. That is not the function of an appellate court. The resolution of that question is for the jury upon proper instructions on the law after having heard the evidence. I have made only slight reference to the inculpatory evidence, but I would note that at trial it was strongly challenged on many points. From cross-examination of principal creditors it appeared that financial obligations of the appellant were not unusual, considering all circumstances and the nature of the business. No creditor expressed any fear as to its security prior to the fire, and the appellant was not being pressed by his creditors. This evidence might very well influence a jury to discount the inculpatory evidence and find in favour of the appellant. This they would do, however, in the exercise of the function imposed upon them by law as the true finders of fact. It is not open to a judge in a jury trial to consider the weight of the evidence. This is the function of the jury and it should be left to them. I am of the view that there was evidence before the trial judge which met the test propounded by Ritchie J. in *Shephard, supra*. I am in substantial agreement with the reasons for judgment of Lacourcière J.A. for the Ontario Court of Appeal and I would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Greenspan, Rosenberg, Toronto.*

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

à certains détails par le témoignage du personnel de nettoyage. Les contradictions elles-mêmes apportent certains éléments de preuve, dont l'importance exigerait un examen par le jury.

<sup>a</sup> En conclusion, je ne suggère pas que les éléments de preuve incriminants sont concluants ou même probants. Ce n'est pas la fonction d'une cour d'appel. La réponse à cette question relève du jury <sup>b</sup> après qu'il a entendu la preuve et reçu des directives appropriées. Je n'ai fait qu'une brève allusion aux éléments de preuve incriminants, mais il convient de souligner qu'au procès ils ont été fortement contestés sur plusieurs points. Il ressort du <sup>c</sup> contre-interrogatoire des principaux créanciers que les obligations financières de l'appelant n'étaient pas inhabituelles compte tenu de toutes les circonstances et de la nature du commerce. Aucun créancier n'a exprimé de craintes quant à sa garantie <sup>d</sup> avant l'incendie et l'appelant n'était pas harcelé par ces créanciers. Cet élément de preuve peut très bien amener un jury à écarter les éléments de preuve incriminants et à conclure en faveur de <sup>e</sup> l'appelant. Toutefois, c'est ce que les jurés feront dans l'exercice de leur fonction qui leur est imposée par la loi comme les vrais juges des faits. Ce n'est pas au juge dans un procès avec jury d'évaluer la force probante des éléments de preuve. <sup>f</sup> C'est la fonction du jury et cela devrait le rester. Je suis d'avis qu'on a présenté des éléments de preuve au juge du procès qui satisfaisaient aux critères proposés par le juge Ritchie dans l'arrêt *Shephard*, précité. Je souscris en grande partie aux <sup>g</sup> motifs de jugement du juge Lacourcière en Cour d'appel de l'Ontario et je suis d'avis de rejeter le procès.

<sup>h</sup> *Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Greenspan, Rosenberg, Toronto.*

<sup>i</sup> *Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

**Tomas Yebes Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. YEBES

File No.: 19236.

1986: December 16; 1987: September 17.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Appeal — Unreasonable verdict — Test — Accused convicted of murder on circumstantial evidence — Interpretation and application of s. 613(1)(a)(i) of the Criminal Code.*

*Criminal law — Evidence — Sufficiency — Charge of murder — Evidence of motive and opportunity — Whether accused had exclusive opportunity to commit crime.*

*Criminal law — Calling of witnesses — Murder conviction — Whether Crown failed to call a material witness.*

*Criminal law — Appeals to the Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Questions of law — Accused's appeal based on s. 613(1)(a)(i) of the Criminal Code dismissed by Court of Appeal — Whether s. 613(1)(a)(i) raises a question of law which can be reviewed by the Supreme Court under s. 618 of the Criminal Code.*

Appellant was charged with first degree murder for the death of his two adopted sons. As a consequence of his wife's difficulties in adapting to the two boys' presence in the family, appellant had agreed to leave the family home with them. Throughout the separation, the entire family continued to meet but little progress towards reunification was made. His wife still felt that she could not manage with the boys in the family. According to appellant's testimony, one night, after a family supper, he told his wife that he could no longer support two houses and that they had to come back together. She became upset but finally gave him the impression that she accepted. The wife and two daughters left around 8:00 p.m. At that time, the two boys were already in bed. Appellant went to bed upstairs sometime after 10:00 p.m. and was later awakened by the smell of smoke. He went downstairs and found the

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

**Tomas Yebes Appellant**

c.

**Sa Majesté La Reine Intimée**

a

RÉPERTORIÉ: R. c. YEBES

N° du greffe: 19236.

1986: 16 décembre; 1987: 17 septembre.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Wilson et Le Dain.

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

c

*Droit criminel — Appel — Verdict déraisonnable — Critère — Accusé déclaré coupable de meurtre d'après une preuve circonstancielle — Interprétation et application de l'art. 613(1)(a)(i) du Code criminel.*

d

*Droit criminel — Preuve — Suffisance — Accusation de meurtre — Preuve de mobile et d'occasion — L'accusé a-t-il eu une occasion exclusive de commettre le crime?*

e

*Droit criminel — Citation des témoins à comparaître — Condamnation pour meurtre — Le ministère public a-t-il omis de citer un témoin essentiel?*

f

*Droit criminel — Pourvois à la Cour suprême du Canada — Compétence — Questions de droit — Rejet par la Cour d'appel de l'appel de l'accusé fondé sur l'art. 613(1)(a)(i) du Code criminel — L'article 613(1)(a)(i) soulève-t-il une question de droit qui peut être examinée par la Cour suprême aux termes de l'art. 618 du Code criminel?*

g

L'appellant a été accusé de meurtre au premier degré relativement au décès de ses deux fils adoptifs. Par suite des difficultés de son épouse à s'adapter à la présence des deux garçons dans la famille, l'appellant a convenu de quitter la maison familiale avec eux. Toute la famille a continué à se rencontrer pendant la séparation, mais très peu de progrès ont été faits en vue d'une réunion. Son épouse croyait toujours ne pas pouvoir s'habituer à la présence des garçons dans la famille. Selon le témoignage de l'appellant, un soir, après un souper de famille, il a dit à son épouse qu'il ne pouvait plus subvenir aux besoins de deux foyers et qu'ils devaient se réinstaller ensemble. Elle s'est fâchée, mais finalement lui a donné l'impression qu'elle avait accepté. L'épouse et les deux filles sont parties vers 20 h. À ce moment-là, les deux garçons étaient déjà au lit. L'appellant est monté se coucher vers 22 h et plus tard a été réveillé par une

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

two boys lying dead on a burning mattress. A police officer arrived shortly after appellant's call at 1:00 a.m. and found the front door unlocked—a fact presumably known by the appellant since he made no attempt to open the door to the officer.

At trial, a fire expert testified that the fire had been deliberately set and a pathologist gave evidence that the two boys were dead before the fire began but he was unable to determine the precise cause of the death. He estimated the time of death between 10:00 p.m. and 12:30 a.m. Appellant gave evidence on his own behalf and adduced character evidence to the effect that he was a kind and affectionate father who appeared to be genuinely interested in the welfare of the two boys. Appellant's wife did not testify.

Convicted of second degree murder, appellant appealed to the Court of Appeal pursuant to s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. This section enables a court of appeal to allow an appeal from conviction "where it is of the opinion that the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence". A majority of that Court dismissed the appeal. The present appeal is to determine (1) whether the Court of Appeal failed to apply the correct test for s. 613(1)(a)(i) of the *Code* where, as here, the evidence against the appellant is entirely circumstantial; and (2) whether the Court erred in failing to consider the absence of a material witness—appellant's wife—in determining whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Under s. 613(1)(a)(i) of the *Code*, a court of appeal is required to decide whether the verdict of the jury was unreasonable. While this involves a reconsideration of the facts, it also requires the court to resolve a question of law by giving legal content to the concept of "unreasonable". The application of the proviso thus always involves a question of law and it is reviewable in this Court on appeal under s. 618 of the *Criminal Code*.

The function of a court of appeal, under s. 613(1)(a)(i) of the *Code*, goes beyond merely finding that there is evidence to support a conviction. The court must determine on the whole of the evidence "whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered". While the

odeur de fumée. Il est descendu et a trouvé les deux garçons couchés sans vie sur un matelas en feu. Un agent de police est arrivé peu après l'appel vers une heure du matin et a remarqué que la porte avant n'était pas verrouillée, ce que l'appellant savait probablement puisqu'il n'a pas tenté d'ouvrir la porte à l'agent.

Au procès, un expert en matière d'incendie a déposé que l'incendie avait été allumé de manière délibérée et un pathologiste a témoigné que les deux garçons étaient morts avant le début de l'incendie, mais il n'a pu déterminer la cause exacte du décès. Il a évalué l'heure du décès entre 22 h et minuit trente. L'appellant a témoigné pour son propre compte et a présenté une preuve de moralité selon laquelle il était un père aimable et affectueux qui paraissait être véritablement intéressé au bien-être des deux garçons. L'épouse de l'appellant n'a pas témoigné.

Déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, l'appellant a interjeté appel à la Cour d'appel en se fondant sur le sous-al. 613(1)(a)(i) du *Code criminel*. Cet article permet à une cour d'appel d'admettre l'appel d'une déclaration de culpabilité «si elle est d'avis que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve». La Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel. Le présent pourvoi a pour but de déterminer (1) si la Cour d'appel a omis d'appliquer le critère approprié relativement au sous-al. 613(1)(a)(i) du *Code* lorsque, comme en l'espèce, la preuve contre l'appellant est entièrement circonstancielle, et (2) si la Cour a commis une erreur en ne tenant pas compte de l'absence d'un témoin important, l'épouse de l'appellant, pour déterminer si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Aux termes du sous-al. 613(1)(a)(i) du *Code*, une cour d'appel est tenue de décider si le verdict du jury était déraisonnable. Bien que cela comporte un nouvel examen des faits, la cour doit également résoudre une question de droit en donnant un contenu juridique à la notion de caractère «déraisonnable». L'application de la disposition comporte donc toujours une question de droit et elle est révisable par cette Cour dans le cadre d'un pourvoi fondé sur l'art. 618 du *Code criminel*.

La fonction d'une cour d'appel, aux termes du sous-al. 613(1)(a)(i) du *Code* dépasse la simple conclusion qu'il y a des éléments de preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité. La cour doit déterminer d'après l'ensemble de la preuve «si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une

court of appeal must not merely substitute its view for that of the jury, in order to apply the test the court must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence. This process is the same whether the case is based on circumstantial or direct evidence. In the Court of Appeal, the majority found that there was sufficient evidence to justify the verdict and rejected all rational inferences offering an alternative to the conclusion of guilt. It is therefore clear that the law was correctly understood and applied.

This Court, in considering an appeal where the sole issue raised is the application of s. 613(1)(a)(i), must put itself in the place of the Court of Appeal and, pursuant to the powers given in s. 623(1) of the *Code*, consider the matter anew and, if error be found, make such order as the Court of Appeal should have made. Where it is shown that a crime has been committed and the incriminating evidence against the accused is primarily evidence of opportunity, the guilt of the accused is not the only rational inference which can be drawn unless the accused had exclusive opportunity. In a case where evidence of opportunity is accompanied by other inculpatory evidence, something less than exclusive opportunity may suffice. In the present case, a review of the evidence indicated that there was evidence upon which a properly charged jury could reasonably have reached the conclusion that appellant had a motive to kill the boys and that he had exclusive opportunity to do so. There was no evidence of the presence of any other persons, save the two boys, in the house that evening.

Finally, appellant's contention that the Crown failed to call a witness, his wife, essential to the unfolding of the narrative must fail. While the Crown may not be required to call a given witness, the Crown's failure to call a witness may leave a gap in its case which will leave the Crown's burden of proof undischarged and entitle the accused to an acquittal. In this case, however, the assumption that appellant's wife had something to say to complete the narrative rests on nothing more than speculation as there was no evidence that she was present or possessed any knowledge of what occurred.

manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. Bien que la cour d'appel ne doive pas simplement substituer son opinion à celle du jury, afin d'appliquer le critère elle doit réexaminer l'effet de la preuve et aussi, dans une certaine mesure, la réévaluer. Ce processus est le même que l'affaire soit fondée sur une preuve circonstancielle ou une preuve directe. En appel, les juges de la majorité ont conclu qu'il y avait suffisamment de preuve pour justifier le verdict et ont rejeté toute déduction rationnelle offrant un autre choix que la conclusion de culpabilité. Par conséquent, il est évident que le droit a été bien interprété et bien appliqué.

Lorsque cette Cour examine un pourvoi ou la seule question soulevée porte sur l'application du sous-al. 613(1)a(i), elle doit se mettre à la place de la Cour d'appel et, en conformité des pouvoirs attribués dans le par. 623(1) du *Code*, examiner la question de nouveau et, s'il y a une erreur, rendre l'ordonnance que la Cour d'appel aurait dû rendre. Lorsqu'il est démontré qu'un crime a été commis et que les éléments de preuve incriminants retenus contre l'accusé ont principalement trait à l'occasion, la culpabilité de l'accusé n'est pas la seule déduction rationnelle qui peut en être tirée à moins que l'accusé n'ait eu une occasion exclusive de toute autre possibilité. Dans une affaire où la preuve de l'occasion est accompagnée d'autres éléments de preuve incriminants, une occasion qui n'exclut pas tout à fait une autre possibilité peut suffire. En l'espèce, un examen de la preuve indique qu'on a présenté des éléments de preuve qui permettaient à un jury qui a reçu les directives appropriées de tirer raisonnablement la conclusion que l'appellant avait un mobile pour tuer les garçons et qu'il a eu une occasion de le faire qui exclut toute autre possibilité. Il n'y a aucun élément de preuve de la présence de qui que ce soit d'autre, outre les deux garçons, dans la maison ce soir-là.

Finalement, l'argument de l'appellant selon lequel le ministère public n'a pas cité un témoin, son épouse, essentiel pour la narration de l'histoire doit également échouer. Bien que le ministère public ne puisse pas être tenu de citer un témoin donné, l'omission de le faire peut créer une faille dans sa preuve, ce qui fera en sorte que le ministère public ne se sera pas déchargé de son fardeau de la preuve et permettra à l'accusé de demander un acquittement. Toutefois, en l'espèce l'argument selon lequel l'épouse de l'appellant avait quelque chose à dire pour compléter la narration des événements ne repose sur rien d'autre que la spéculation et il n'y a aucun élément de preuve qui indique qu'elle était présente ou savait ce qui s'était produit.

**Cases Cited**

**Applied:** *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; **referred to:** *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *R. v. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37; *R. v. MacFarlane* (1981), 61 C.C.C. (2d) 458; *R. v. Monteleone* (1982), 67 C.C.C. (2d) 489; *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518; *Imrich v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 622.

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(1)(a)(i), 618 [am. 1974-75-76, c. 105, s. 18], 623(1).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal rendered February 5, 1985, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of second degree murder. Appeal dismissed.

*Thomas R. Braidwood, Q.C.*, for the appellant.

*John E. Hall, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant was found guilty before a judge and jury of murdering his two adopted children. He appeals to this Court on the ground that the verdict should be set aside, pursuant to s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code* which enables a court of appeal to allow an appeal against a conviction “where it is of the opinion that the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence”. The issue before this Court, then, is the proper interpretation and application of s. 613(1)(a)(i) of the *Code*.

The appellant, Tomas Yebes, a hairdresser, and his wife, Elvira, lived in the municipality of Surrey, near Vancouver, with their two daughters, one born in 1971 and the other in 1973. For some time, Mr. and Mrs. Yebes had been concerned with the plight of young children in the poorer countries of the world, and in 1977 they began lengthy procedures aimed at the adoption of two Chilean children. In 1979, two boys were brought to Canada to reside with the Yebes family with a view to formal adoption. One boy, named Gabriel,

**Jurisprudence**

**Arrêts appliqués:** *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; **arrêts mentionnés:** *Lemay v. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *R. v. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37; *R. v. MacFarlane* (1981), 61 C.C.C. (2d) 458; *R. v. Monteleone* (1982), 67 C.C.C. (2d) 489; *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518; *Imrich c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 622.

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)(a)(i), 618 [mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 18], 623(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rendu le 5 février 1985 qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

*Thomas R. Braidwood, c.r.*, pour l'appellant.

*John E. Hall, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'appellant a été déclaré coupable devant un juge et un jury du meurtre de ses deux enfants adoptifs. Il a formé un pourvoi devant cette Cour pour le motif que le verdict devrait être annulé aux termes du sous-al. 613(1)(a)(i) du *Code criminel* qui permet à une cour d'appel d'admettre l'appel d'une déclaration de culpabilité «si elle est d'avis que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve». La question posée à cette Cour porte donc sur l'interprétation et l'application appropriées du sous-al. 613(1)(a)(i) du *Code*.

L'appellant, Tomas Yebes, un coiffeur, et son épouse, Elvira, vivaient dans la municipalité de Surrey près de Vancouver avec leurs deux filles, l'une née en 1971 et l'autre en 1973. Depuis un certain temps, M. et M<sup>me</sup> Yebes se préoccupaient du triste sort des jeunes enfants dans les pays plus pauvres et, en 1977, ils ont entrepris de longues procédures pour adopter deux enfants chiliens. En 1979, deux garçons ont été amenés au Canada pour vivre avec la famille Yebes en vue de leur adoption officielle. Gabriel, un des garçons, était

was born in September 1974, and the other, Yerko (Tommy), in September 1975. The boys, it appears, did not fit as readily into their new home as had been hoped. Mrs. Yebe complained of difficulties with the boys because they would not accept and comply with the rules she had established for the family. Mr. Yebe thought that his wife was too strict in her management of the boys. These differences led to increasing domestic conflict and, in July 1981, both Mr. and Mrs. Yebe sought the assistance of a psychiatrist. Professional assistance did not, however, resolve their problems. In September of 1981, at about the time the boys were formally adopted, Mrs. Yebe had reached the stage where she could no longer tolerate the boys in her home and the couple agreed to separate for a period of three to six months. Mrs. Yebe remained in the family home with the two daughters, and Mr. Yebe moved with the two boys to a rented town house in a housing development a short distance from the family home. Mr. Yebe assumed responsibility for the maintenance of the boys and for paying the rent on the town house, the mortgage on the family home, and the utility bills. In addition, he saw to the care of the boys, preparing their meals, insuring they attended school, and arranging for day care when he was busy at work. Mrs. Yebe drew upon her savings to maintain herself and the two girls.

Throughout the separation the entire family continued to meet. There were family dinners and visits, but there was little progress toward a complete reunion and both Mr. and Mrs. Yebe were worried and concerned about the situation. It seems that they both wanted to end the separation but Mrs. Yebe was apprehensive about the boys. She did not feel that she could manage with them in the family and expressed the wish that they be readopted. On January 28, 1982, Mr. Yebe made inquiries regarding readoption and upon learning that there would be delays and difficulties, asked a family support worker to give him a letter saying that the boys could not be readopted. This, he explained, might persuade Mrs. Yebe to accept

né en septembre 1974 et l'autre, Yerko (Tommy), en septembre 1975. Les garçons ne se sont apparemment pas intégrés aussi facilement que l'on espérait dans leur nouveau foyer. Madame Yebe s'est plainte des difficultés qu'elle éprouvait avec les garçons parce que ceux-ci n'acceptaient pas les règles qu'elle avait établies pour la famille et ne s'y conformaient pas. Monsieur Yebe a pensé que son épouse était trop stricte avec les garçons. Ces différends ont fini par dégénérer en un véritable conflit familial et, en juillet 1981, M. et M<sup>me</sup> Yebe ont demandé l'aide d'un psychiatre. Toutefois, cette aide professionnelle ne leur a pas permis de résoudre leurs problèmes. En septembre 1981, au moment où les garçons ont été adoptés officiellement, M<sup>me</sup> Yebe était rendue au point où elle ne pouvait désormais plus tolérer leur présence dans sa maison et le couple a convenu de se séparer pendant une période de trois à six mois. Madame Yebe est demeurée dans la maison familiale avec les deux filles et M. Yebe a déménagé avec les deux garçons dans une maison en rangée située dans un projet domiciliaire à une courte distance de la maison familiale. Monsieur Yebe a assumé la responsabilité de l'entretien des garçons, du loyer de la maison en rangée, de l'hypothèque de la maison familiale et des factures des services publics. De plus, il s'est occupé des garçons, en préparant leurs repas, en veillant à ce qu'ils fréquentent l'école et il s'est occupé de les faire garder pendant son travail. Madame Yebe a puisé dans ses économies pour subvenir à ses besoins et à ceux des deux filles.

Toute la famille a continué à se voir pendant la séparation. Il y a eu des dîners de famille et des visites, mais très peu de progrès ont été faits en vue d'une réunion complète et la situation inquiétait et préoccupait à la fois M. et M<sup>me</sup> Yebe. Il semble qu'ils voulaient tous deux mettre fin à la séparation, mais M<sup>me</sup> Yebe redoutait la présence des garçons. Elle ne croyait pas pouvoir s'habituer à leur présence dans la famille et a exprimé le désir qu'ils soient remis en adoption. Le 28 janvier 1982, M. Yebe s'est renseigné au sujet de la remise en adoption et, après avoir appris qu'il y aurait des délais et des problèmes, il a demandé à un travailleur familial de lui donner une lettre indiquant que les garçons ne pouvaient être remis en adoption.



the boys and allow the family to be reunited. The period of separation was approaching six months and Mr. Yebes admitted that he had to move back soon with his wife because the lease on his town house was going to expire at the end of February.

This was the state of affairs on February 23, 1982. According to the evidence, Mr. Yebes and his wife had planned a supper for the whole family at the town house that night. Mr. Yebes picked the boys up at the day care centre at about 6:00 p.m. and took them home to the town house. Mrs. Yebes and the two girls arrived at about 6:10 p.m. The family had supper at about 6:30 p.m. and then Yebes and his wife went to the bedroom and talked for half an hour about the domestic situation they were facing. Yebes described the conversation with his wife in his testimony at trial in these words:

I told my wife that we have to come back together. The reason for it was that I told her that financially we cannot stay separate. I could not support two households for much longer. I told her that there is no way. We had to come together, and she started to cry, and she got mad, upset, but she calmed down and she did give me the impression that she accepted what I told her. Thereafter we came down.

Mrs. Yebes left the town house between 8:00 and 8:05 p.m. to attend a single parents' meeting somewhere in Surrey. She took the two girls with her and there is no evidence whatever of her presence in the town house after her departure until she returned at Yebes' request after the police had arrived and the bodies of the two boys had been discovered.

According to Yebes' evidence, the boys were already in bed when his wife and two daughters left the town house at about 8:00 p.m. Tommy, the younger, was sleeping in the upstairs bedroom which adjoined Yebes' bedroom and Gabriel was sleeping downstairs on a mattress in a small utility room. The boys had formerly slept in bunk beds in the upstairs bedroom but, according to Yebes, he

Ceci, a-t-il expliqué, convaincrait peut-être M<sup>me</sup> Yebes d'accepter les garçons et de faire en sorte que la famille soit réunie. Cela faisait bientôt six mois qu'ils étaient séparés et M. Yebes a admis qu'il devait bientôt se réinstaller avec son épouse parce que le bail de sa maison en rangée expirait à la fin de février.

Voilà la situation au 23 février 1982. Selon la preuve, M. Yebes et son épouse avaient organisé un souper pour toute la famille ce soir-là, à la maison en rangée. Monsieur Yebes est allé chercher les garçons à la garderie vers 18 h et les a ramenés à la maison en rangée. Madame Yebes et les deux filles sont arrivées vers 18 h 10. La famille a soupé vers 18 h 30 et ensuite Yebes et son épouse sont allés dans la chambre à coucher et ont parlé pendant une demi-heure de leur situation familiale. Au procès, Yebes a décrit dans son témoignage la conversation qu'il a eue avec son épouse de la manière suivante:

[TRADUCTION] J'ai dit à mon épouse que nous devons nous réinstaller ensemble. Je lui ai dit que pour des raisons financières nous ne pouvions demeurer séparés. Je ne pouvais plus subvenir aux besoins de deux foyers pendant longtemps. Je lui ai dit qu'il n'y avait pas d'autres solutions. Nous devons nous réinstaller ensemble et elle s'est mise à pleurer puis s'est fâchée, mais s'est calmée et m'a donné l'impression qu'elle avait accepté ce que je lui avais dit. Ensuite, nous sommes redescendus.

Madame Yebes a quitté la maison en rangée entre 20 h et 20 h 05 pour assister à une rencontre de chefs de familles monoparentales quelque part à Surrey. Elle a emmené les deux filles avec elle et il n'y a aucun élément de preuve de sa présence dans la maison en rangée après son départ jusqu'au moment où elle est revenue à la demande de Yebes après l'arrivée de la police et la découverte des corps des deux garçons.

Selon le témoignage de Yebes, les garçons étaient déjà au lit lorsque son épouse et ses deux filles ont quitté la maison en rangée vers 20 h. Tommy, le cadet, dormait à l'étage dans la chambre voisine de celle de Yebes et Gabriel dormait au rez-de-chaussée sur un matelas dans une petite pièce de rangement. Auparavant, les garçons dormaient dans des lits superposés à l'étage mais,

found it necessary to separate them because they kept each other awake when together. Yebes said that he went to bed at about 10:00 p.m. in the main upstairs bedroom. He put on a stereo headset with a long lead running downstairs to the stereo set, so he could listen to music while in bed. He went downstairs at about 10:45 p.m. to change the tape. He returned and after awhile fell asleep, only to be later awakened by a noise. Thinking it was one of the boys going to the bathroom or one of the neighbours in an adjoining apartment, he went back to sleep. Aroused a second time by the smell of smoke, he went downstairs to see if it was caused by his pipe and found the room full of smoke. He went to the utility room where the boy, Gabriel, was sleeping, and was able to push open the door. Inside, he saw the two boys lying on a burning mattress. They were covered and it appeared as if they had made no move to escape. He tried to pull one of the boys out but upon reaching the living-room he noticed that the boy's body was stiff and lifeless. He then called the police.

The police call was received by Sergeant Shaw, of the R.C.M.P., at 1:00 a.m. on February 24. He arrived at the town house within minutes of the call. When Shaw arrived, Yebes was at a window on the second level of the building shouting, "In here, in here". The police officer entered by the front door which he found to be closed but unlocked, a fact presumably known to Yebes, since he made no attempt to open the door for the officer. The police officer immediately proceeded up a flight of steps to the second level and into the living-room which was filled with smoke. He at once saw one of the boys outside the door of the utility room. The boy was obviously dead. He looked into the utility room and saw the second boy, also dead, face down on the mattress. The mattress was still on fire with a noticeable flame. While the officer was making these observations, Yebes was on the telephone speaking to his wife. Shaw heard him say to her, "They're dead, they're dead".

Another police officer, Constable Harrington, arrived, followed by firemen who extinguished the

selon Yebes, il a jugé qu'il était nécessaire de les séparer parce qu'ils se gardaient éveillés l'un l'autre. Yebes a dit qu'il est allé se coucher vers 22 h dans la chambre principale à l'étage. Il a mis un casque d'écoute muni d'un long fil qui allait au rez-de-chaussée jusqu'à l'appareil stéréo pour écouter de la musique au lit. Il est descendu vers 22 h 45 pour changer le ruban magnétique. Il est revenu à sa chambre et après un certain temps s'est endormi pour se réveiller plus tard en entendant un bruit. Pensant qu'il s'agissait d'un des garçons qui allait à la salle de bains ou l'un des voisins dans un appartement mitoyen, il s'est endormi. Éveillé une deuxième fois par une odeur de fumée, il est descendu pensant qu'il s'agissait de sa pipe et a constaté que la pièce était remplie de fumée. Il est allé vers la pièce de rangement où Gabriel dormait et a pu ouvrir la porte. À l'intérieur, il a vu les deux garçons couchés sur le matelas en feu. Ils étaient sous les draps et semblaient ne pas avoir tenté de s'échapper. Il a essayé de tirer un des garçons à l'extérieur mais, rendu dans le salon, il a remarqué que le corps du garçon était raide et sans vie. Il a alors appelé la police.

Le sergent Shaw de la G.R.C. a reçu l'appel vers une heure du matin le 24 février. Il est arrivé quelques minutes plus tard. À son arrivée, Yebes était à une fenêtre à l'étage et criait [TRADUCTION] «C'est ici, c'est ici». L'agent est entré par la porte avant qui était fermée mais non verrouillée, ce que Yebes savait probablement, puisqu'il n'a pas tenté d'ouvrir la porte à l'agent. L'agent de police a immédiatement monté l'escalier qui menait à l'étage et au salon qui était rempli de fumée. Il a tout de suite remarqué que l'un des garçons était à l'extérieur de la pièce de rangement. De toute évidence, le garçon était mort. Il a regardé à l'intérieur de la pièce de rangement et a vu que le deuxième garçon mort, lui aussi, était couché à plat ventre sur le matelas. Le matelas était toujours en feu avec des flammes visibles. Pendant que l'agent faisait ces constatations, Yebes parlait avec son épouse au téléphone. Shaw l'a entendu lui dire, [TRADUCTION] «Ils sont morts, ils sont morts».

Un autre policier, l'agent Harrington, est arrivé avec les pompiers qui ont éteint le matelas en feu.

fire in the mattress. Harrington observed that Mr. Yebe was confused and detached. Mrs. Yebe arrived and spoke to Mr. Yebe for about ten minutes. Following this conversation, Mr. Yebe was escorted by Harrington to a police car in order to make a statement. After making the statement, Yebe indicated that his hands and feet had been burned in the attempt to rescue the boys, and Harrington took him to a hospital for treatment.

In the further course of the investigation, the police found a dry bloodstain permeating the bedclothes on the upstairs bed where Tommy slept. Later, tests revealed that the blood was consistent with Tommy's blood type. They also found a damp stain in the bed. Sergeant Shaw thought it was urine, but this was never confirmed because the police laboratory was not equipped to test for urine. A butane lighter was found downstairs in the utility room. The lighter was open in a position which allowed the butane gas to escape. The lighter sparked when first tested, but it did not produce a flame. It was then filled with butane from a container on the mantelpiece and tested again. It ignited immediately producing a six-inch flame. When the lighter was shown to Mr. Yebe he acknowledged that it was his, but stated that "it did not work for [a] long time". At trial he explained that he had said this because the lighter leaked butane gas and normally became empty half an hour after filling.

At trial, a fire expert, Mr. Hardman, was called to give evidence on the cause of fire. He concluded that the fire had been deliberately set. He testified that the burn pattern on the mattress indicated that fire had not started at a single location and spread. Rather, it had started at three separate locations. The burn pattern revealed further that the fire had been started using a flammable liquid accelerant, such as gasoline, paint thinner or alcohol, although no container was found in or about the premises. Mr. Hardman was satisfied that the fire could not have been caused by the

Harrington a remarqué que M. Yebe semblait perdu et indifférent. Madame Yebe est arrivée et a parlé à M. Yebe pendant environ dix minutes. Après cette conversation, Harrington a escorté M. Yebe jusqu'à une voiture de police pour qu'il fasse une déclaration. Après avoir fait sa déclaration, Yebe a fait remarquer qu'il s'était brûlé aux mains et aux pieds en tentant de secourir les garçons et Harrington l'a emmené à l'hôpital pour qu'il soit soigné.

Au cours de l'enquête, les policiers ont découvert une tache de sang séchée imprégnant sur les draps du lit où Tommy dormait à l'étage. Par la suite, des examens ont indiqué que le sang correspondait à la formule sanguine de Tommy. Ils ont également découvert une tache humide dans le lit. Le sergent Shaw a cru qu'il s'agissait d'urine, mais cela n'a jamais été confirmé parce que le laboratoire de la police n'était pas équipé pour faire un examen d'urine. Les policiers ont trouvé un briquet au butane au rez-de-chaussée dans la pièce de rangement. Le briquet était ouvert dans une position qui permettait au gaz butane de s'échapper. Le briquet a fait des étincelles lorsqu'on l'a essayé, mais il n'a pas produit de flamme. On l'a ensuite rempli de butane à l'aide d'un contenant placé sur la cheminée et on l'a essayé à nouveau. Il s'est allumé immédiatement et a produit une flamme de six pouces. Lorsqu'on a montré le briquet à M. Yebe, il a reconnu que c'était le sien, mais a déclaré qu'[TRADUCTION] «il ne fonctionnait pas depuis longtemps». Au procès, il a expliqué qu'il avait dit cela parce que le briquet avait une fuite et normalement se vidait une demi-heure après le plein de butane.

Au procès, un expert en matière d'incendie, M. Hardman, a été cité comme témoin au sujet de la cause de l'incendie. Il a conclu que l'incendie avait été allumé de manière délibérée. Il a déposé que la brûlure sur le matelas indiquait que le feu n'avait pas débuté à un seul endroit pour se répandre. Il avait plutôt été mis à trois endroits distincts. La forme de la brûlure indiquait en outre que le feu avait été allumé au moyen d'un catalyseur liquide inflammable, comme de l'essence, du diluant pour peinture ou de l'alcool, bien qu'on n'ait trouvé aucun contenant sur les lieux ou alentour. Mon-

butane lighter alone. He also concluded that there was no evidence that the fire had been an explosive or flash fire.

Further expert evidence clearly proved that the two boys were dead before the fire began. Fire tests were conducted in the utility room by burning a mattress under controlled conditions. These tests indicated that the fire of February 23 would have produced large quantities of carbon monoxide, hydrogen cyanide and soot within a few minutes of starting. A toxicologist examined samples of blood taken from the boys and found only minute traces, not exceeding normally expected levels, of carbon monoxide in the hemoglobin and no traces of hydrogen cyanide. He also tested the blood for a wide range of poisons and drugs and found none. An autopsy was performed on the two boys on February 24, 1982. The pathologist, Doctor Cave, examined the mouths, throats and lungs of the children and found no evidence of carbon particles or staining. He also found no evidence of searing or singeing of the bodies consistent with death caused by a flash fire. Based on his findings and the findings of the toxicologist, Doctor Cave concluded that the boys must have been dead before the fire started. Although Doctor Cave could rule out fire as the cause of death, he could not determine the exact cause of death because of the condition of the bodies. There was no evidence to suggest that the boys had died of natural causes and the circumstances alone seemed to rule out this possibility. However, Doctor Cave was able to state that the condition of the bodies was consistent with death by asphyxiation. Doctor Cave made an attempt to estimate the time of death by an examination of the stomach contents. He said that this was an imprecise method of determining the time of death but, based on his findings, he considered it unlikely that the boys were alive four to six hours after their last meal. The evidence established that their last meal had been eaten at about 6:30 p.m., which puts the time of death at

sieur Hardman était convaincu que l'incendie n'avait pas pu être causé uniquement par le briquet au butane. Il a également conclu qu'il n'y avait aucun élément de preuve que l'incendie soit dû à une explosion ou à une inflammation subite.

D'autres témoignages d'experts ont clairement établi que les deux garçons étaient morts avant le début de l'incendie. On a effectué des tests d'incendie dans la pièce de rangement en brûlant un matelas dans des conditions contrôlées. Ces tests ont révélé que l'incendie du 23 février aurait produit une grande quantité de monoxyde de carbone, de cyanure d'hydrogène et de suie quelques minutes après avoir été allumé. Un toxicologue a examiné les échantillons de sang prélevés sur les garçons et n'a trouvé que de très petites traces, qui n'excédaient pas les niveaux normaux, de monoxyde de carbone dans l'hémoglobine et aucune trace de cyanure d'hydrogène. Il a également examiné le sang pour découvrir la présence d'une grande gamme de poisons et de drogues et n'en a trouvé aucun. Le 24 février 1982, on a effectué une autopsie sur les corps des deux garçons. Le pathologiste, le D<sup>r</sup> Cave, a examiné la bouche, la gorge et les poumons des enfants et n'a trouvé aucune trace de particules ou de taches de carbone. De plus, il n'a trouvé aucune indication de calcination des corps, ce qui se produit lorsque la mort est causée par un feu à inflammation subite. En se fondant sur ses constatations et celles du toxicologue, le D<sup>r</sup> Cave a conclu que les garçons devaient être morts avant le début de l'incendie. Bien que le D<sup>r</sup> Cave ait pu exclure le feu comme cause du décès, il n'a pu en déterminer la cause exacte en raison de l'état des corps. Aucun élément de preuve ne laissait penser que les garçons étaient morts de cause naturelle et les circonstances elles-mêmes semblaient écarter cette possibilité. Toutefois, le D<sup>r</sup> Cave a été en mesure de déclarer que l'état des corps était compatible avec un décès par asphyxie. Le docteur Cave a tenté d'évaluer l'heure du décès par l'examen du contenu de l'estomac. Il a dit qu'il s'agissait d'une méthode imprécise pour déterminer le moment du décès mais, en se fondant sur ses constatations, il a estimé qu'il était peu probable que les garçons aient été en vie quatre à six heures après leur dernier repas. La preuve a démontré que leur dernier repas avait été

not later than 12:30 a.m. and possibly before 10:30 p.m.

When the police learned that the boys had not died in the fire they immediately interviewed both Mr. and Mrs. Yebe. Mr. Yebe was distraught at the outset of the interview and became more upset as he described the discovery of the bodies. When the police officer, Sergeant Tilley, told him that the evidence indicated that the boys had not died as a result of the fire, Mr. Yebe completely broke down.

Evidence was also led at trial of an event which occurred on February 7, 1982, approximately two weeks before the death of the boys. Mr. Yebe called the police that night and complained of a fire in the boys' bedroom which adjoined his own room. When a police officer arrived he found a candle on a plate in the bedroom and evidence that a fire had occurred. The boys explained that the fire had been caused by a "monster" who had been in the room. The officer examined the premises and found no evidence of entry through the doors or windows. He also examined the outside fence which could have been used by an intruder to gain access to the bedroom window, but the new frost on the fence had not been disturbed. He concluded that the boys had been playing with fire and had told the tale of the monster to avoid reprimand.

There is one further piece of evidence which should be noted. At trial, Mr. Yebe was asked whether or not he had locked his front door on the evening the boys died. Mr. Yebe replied that, while he could not specifically recall locking the door that night, he locked the door every night and therefore believed that he would have locked it that night as well. He was then asked whether he had unlocked the door at any time that night and he answered that he had not. From this evidence, one would have expected the door to be locked when Sergeant Shaw first arrived that night and, more importantly, one would have expected Yebe to believe the door was locked. And yet, when

pris vers 18 h 30 ce qui place le moment du décès au plus tard à minuit trente et peut-être avant 22 h 30.

<sup>a</sup> Lorsque les policiers ont appris que les garçons n'étaient pas décédés des suites de l'incendie, ils ont immédiatement interrogé M. et M<sup>me</sup> Yebe. Le bouleversement de M. Yebe au début de l'interrogatoire s'est encore aggravé lorsqu'il a décrit sa découverte des corps. Lorsque l'agent de police, le sergent Tilley, lui a dit que les éléments de preuve indiquaient que les garçons n'étaient pas décédés à cause de l'incendie, M. Yebe s'est complètement effondré.

<sup>c</sup> Au procès, on a également présenté des éléments de preuve relatifs à un événement qui s'est produit le 7 février 1982, environ deux semaines avant le décès des garçons. Monsieur Yebe a appelé la police cette nuit-là pour se plaindre qu'un feu avait été allumé dans la chambre des garçons voisine de la sienne. Lorsqu'un agent de police est arrivé, il a trouvé une chandelle sur un plateau dans la chambre et des indications montrant il y avait eu un feu. <sup>e</sup> Les garçons ont expliqué que le feu avait été allumé par un «monstre» qui se trouvait dans la chambre. L'agent a examiné les lieux et n'a trouvé aucune indication d'effraction par les portes ou les <sup>f</sup> fenêtres. Il a également examiné la clôture à l'extérieur qui aurait pu avoir été utilisée par un intrus pour avoir accès à la fenêtre de la chambre, mais la nouvelle couche de gel sur la clôture était intacte. Il a conclu que les garçons avaient joué <sup>g</sup> avec le feu et avaient raconté l'histoire du monstre pour éviter d'être réprimandés.

Un autre élément de preuve mérite d'être souligné. Au procès, on a demandé à M. Yebe s'il avait verrouillé la porte avant le soir du décès des garçons. Monsieur Yebe a répondu que, bien qu'il ne pût précisément se souvenir d'avoir verrouillé la porte ce soir-là, il verrouillait la porte chaque soir et, par conséquent, il croyait qu'il avait dû la <sup>i</sup> verrouiller cette nuit-là également. On lui a alors demandé s'il avait ouvert la porte à un moment donné cette nuit-là et il a répondu par la négative. D'après cet élément de preuve, on aurait pu s'attendre à ce que la porte ait été verrouillée lorsque <sup>j</sup> le sergent Shaw est arrivé cette nuit-là et, ce qui est plus important, on aurait pu s'attendre à ce que

Shaw arrived the door was unlocked and Yebe appeared to know the door was unlocked since he made no move to go downstairs to let the officer inside. Instead, from the second floor he simply shouted to the officer, "In here, in here".

Yebe was charged with two counts of first degree murder arising out of the death of the two boys. He was convicted of second degree murder on each count before Wallace J. and a jury. He gave evidence on his own behalf and adduced character evidence to the effect that he was a kind and affectionate father who appeared to be genuinely interested in the welfare of the two boys. The evidence also disclosed the efforts made by Yebe and his wife to adopt and care for the boys. Mrs. Yebe did not give evidence at the trial.

An appeal to the Court of Appeal of British Columbia (Craig, Macdonald and Hutcheon J.J.A.) was dismissed with Hutcheon J.A. dissenting. The sole ground of appeal in the Court of Appeal was that the verdict should be set aside on the ground that it was unreasonable or that it could not be supported on the evidence, pursuant to s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. Craig J.A. followed *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275, and stated that the test under s. 613(1)(a)(i) is "whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered". He found that the verdict was reasonable, stating:

Although I think that the jury could reasonably conclude that Yebe did have a motive for unlawfully causing the death of the two boys in this case, I think, also, that the jury could reasonably conclude that regardless of motive Yebe had exclusive opportunity to commit the crime. Motive is immaterial if the opportunity to commit the crime is shown to have been exclusive: *Imrich v. The Queen* (1977) 75 D.L.R. (3d) 244.

He further rejected the submission of counsel for the appellant that the Crown could not rely on the proposition of exclusive opportunity because it had

Yebe croie que la porte était verrouillée. Toutefois, lorsque Shaw est arrivé, la porte n'était pas verrouillée et Yebe paraissait le savoir puisqu'il n'est pas descendu pour faire entrer le policier.

<sup>a</sup> Plutôt, il a simplement crié de l'étage à l'agent, [TRADUCTION] «C'est ici, c'est ici».

Yebe a été accusé en vertu de deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré par suite du décès des deux garçons. Il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré relativement à chaque chef devant le juge Wallace siégeant avec un jury. Il a témoigné pour son propre compte et a présenté une preuve de moralité selon laquelle il était un père attentionné et affectueux qui paraissait être véritablement intéressé au bien-être des deux garçons. La preuve a également révélé les efforts que Yebe et son épouse ont déployés pour adopter les garçons et s'occuper d'eux. Madame Yebe n'a pas témoigné au procès.

L'appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, composée des juges Craig, Macdonald et Hutcheon, a été rejeté, le juge Hutcheon étant dissident. Le seul moyen d'appel invoqué en Cour d'appel portait que le verdict aurait dû être rejeté pour le motif qu'il était déraisonnable ou qu'il ne pouvait s'appuyer sur la preuve, aux termes du sous-al. 613(1)a(i) du *Code criminel*. Le juge Craig a suivi l'arrêt *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275, et a dit que le critère qui découle du sous-al. 613(1)a(i) est de savoir «si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre». Il a conclu que le verdict était raisonnable en déclarant:

[TRADUCTION] Bien que je croie que le jury aurait pu raisonnablement conclure que Yebe avait un mobile pour causer la mort des deux garçons en l'espèce, je crois également que le jury pouvait raisonnablement conclure que, peu importe le mobile, l'occasion que Yebe a eue de commettre le crime excluait toute autre possibilité. Le mobile est sans importance si l'on démontre que l'occasion de commettre le crime exclut toute autre possibilité: *Imrich v. The Queen* (1977) 75 D.L.R. (3d) 244.

Il a en outre rejeté l'argument de l'avocat de l'appelant selon lequel le ministère public ne pouvait se fonder sur l'argument de l'occasion exclu-

failed to call Mrs. Yebe. Following *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, he stated:

... counsel acting for the prosecution has a complete discretion as to what witnesses he will call and that a court will not interfere with the exercise of this discretion " ... unless perhaps it could be shown that the prosecutor had been influenced by some oblique motive" (Kerwin, J. at p. 240), or "... so long as he exercises it fairly ... " (Davey, J.A. in *R. v. Haase* (1965) 45 C.R. 113 at 119). Defence counsel did not at trial, or on appeal, suggest that in not calling Mrs. Yebe as a witness Crown counsel "... influenced by some oblique motive ..." had exercised his discretion unfairly.

Macdonald J.A. agreed that *Corbett, supra*, was the governing decision in the case although he expressed concern about the apparent discrepancies in the statements of the test for s. 613(1)(a)(i) found in Pigeon J.'s judgment. He stated that:

As to this appeal, I agree with Mr. Justice Craig that 12 reasonable jurors, acting judicially, could have found the appellant guilty of murder of the boys. I would only add this with respect to the element of opportunity. The following statement from the respondent's factum, with the additional words of mine which are underlined, is valid:

"The reality of the situation here was that only the accused was present in this self-contained suite with the two children. There can be no realism to any suggestion that an individual could break into or enter the house, accomplish the death of the children, place them on a mattress and set the fire. There is no suggestion in the evidence that any such event or events occurred nor indeed could they occur without the accused being aware of the commotion such actions would cause."

Hutcheon J.A., in dissent, also saw *Corbett* as the governing decision but, like Macdonald J.A., found Pigeon J.'s statement of the law to be somewhat unclear. In *Corbett*, Pigeon J. stated, at p. 279, that the test under s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code* is whether "the verdict is such that no twelve reasonable men could possibly have reached it acting judicially". Later, at p. 282, he stated that the test is "whether the verdict is one

sive de toute autre possibilité parce qu'il n'avait pas cité M<sup>me</sup> Yebe. Suivant l'arrêt *Lemay v. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232, a dit:

[TRADUCTION] ... l'avocat de la poursuite est complètement libre de décider quels témoins il doit citer et la Cour ne doit pas entraver l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire « ... à moins qu'on puisse démontrer que le poursuivant a agi ainsi pour des motifs détournés » (le juge Kerwin à la p. 240), ou « ... dans la mesure où il l'exerce de manière équitable ... » (le juge Davey dans *R. v. Haase* (1965), 45 C.R. 113 à la p. 119). L'avocat de la défense n'a pas laissé entendre au procès ou en appel que, en ne citant pas M<sup>me</sup> Yebe comme témoin, le substitut « ... influencé par des motifs détournés ... » a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière non équitable.

Le juge Macdonald a convenu que l'arrêt *Corbett*, précité, était l'arrêt applicable en l'espèce bien qu'il ait exprimé des doutes au sujet des différences apparentes dans les formulations du critère relatif au sous-al. 613(1)(a)(i) qui se trouvent dans la décision du juge Pigeon. Il a dit que:

[TRADUCTION] En ce qui a trait au présent appel, je conviens avec le juge Craig que douze jurés raisonnables, agissant d'une manière judiciaire, auraient pu trouver l'appelant coupable du meurtre des garçons. Je désirerais ajouter une seule observation à l'égard de l'élément de l'occasion. La déclaration suivante tirée du mémoire de l'intimé, à laquelle j'ai ajouté les mots qui sont soulignés, est valide:

«La réalité en l'espèce est que seul l'accusé était présent dans cette maison avec les deux enfants. On ne peut avec réalisme suggérer qu'une personne a pu entrer par effraction ou simplement entrer dans la maison, commettre le meurtre des enfants, les placer sur un matelas et allumer l'incendie. Rien dans la preuve ne laisse entendre qu'un tel événement ou série d'événements se soient produits ni même qu'ils aient pu se produire sans que l'accusé n'ait eu connaissance du bruit produit par ces actes.»

Le juge Hutcheon, dissident, a également admis que l'arrêt *Corbett* s'appliquait mais, comme le juge Macdonald, il a conclu que la déclaration du juge Pigeon sur le droit était quelque peu imprécise. Dans l'arrêt *Corbett*, le juge Pigeon a dit à la p. 279 que le critère du sous-al. 613(1)(a)(i) du *Code criminel* est de savoir si «le verdict est tel qu'aucun jury composé de douze hommes raisonnables jugeant de façon judiciaire n'aurait pu

that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered". Hutcheon J.A. thought that the word "possibly" in the first formulation was inappropriate and he adopted Pigeon J.'s second formulation as a more faithful rendition of the law. Applying this test, he concluded that the jury's verdict was unreasonable. He was of the view that evidence of motive was insignificant and that there was insufficient evidence to justify a finding of exclusive opportunity on the part of Yebes. In conclusion, he stated that "the cumulative effect of the facts on which motive and opportunity are based does not support" the proposition that Yebes' guilt was the only rational inference to be drawn from the evidence.

In this Court, the appellant raised three grounds of appeal but they may be conveniently expressed in two propositions. First, the Court of Appeal failed to apply the correct test for s. 613(1)(a)(i) of the *Code* where, as here, the evidence against the appellant is entirely circumstantial. Secondly, the Court erred in failing to consider the absence of a material witness (Mrs. Yebes) in determining whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered. No attack was made against the trial judge's charge to the jury.

As a general proposition, the verdict at trial will stand where there is evidence before the jury going in proof of all elements of the offence and where the trial judge has properly charged the jury on all matters of law which arise in the case and has made such references to the evidence as may be necessary to facilitate the application of the law to the facts. However, s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code* provides an additional basis for the challenging of the verdict at trial. A court of appeal may allow an appeal against a conviction where it is of

aboutir au verdict rendu». Plus loin, à la p. 282, il a dit que le critère est de savoir «si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre.» Le juge Hutcheon a pensé que le terme «possibly» dans la version anglaise du premier énoncé n'était pas approprié et il a adopté le deuxième énoncé du juge Pigeon comme étant un énoncé plus fidèle du droit. Appliquant ce critère, il a conclu que le verdict du jury était déraisonnable. Il a exprimé l'avis que la preuve du mobile n'était pas importante et qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour justifier de conclure que Yebes a eu une occasion de commettre le crime exclusive de toute autre possibilité. Finalement, il a dit que [TRADUCTION] «l'effet cumulatif des faits sur lesquels sont fondés le mobile et l'occasion de commettre le crime n'appuie pas» la proposition que la culpabilité de Yebes constituait la seule déduction rationnelle qui pouvait se dégager de la preuve.

Devant cette Cour, l'appelant a soulevé trois moyens, mais ils peuvent être plus commodément exprimés en deux propositions. D'abord, la Cour d'appel n'a pas appliqué le bon critère relativement au sous-al. 613(1)a)(i) du *Code* lorsque, comme en l'espèce, la preuve contre l'appelant est entièrement circonstancielle. Ensuite, la Cour a commis une erreur en ne tenant pas compte de l'absence d'un témoin important (M<sup>me</sup> Yebes) pour déterminer si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. L'exposé du juge du procès au jury n'a pas été contesté.

En règle générale, le verdict prononcé au procès sera maintenu lorsqu'on aura présenté au jury des éléments de preuve qui démontrent tous les éléments de l'infraction et lorsque le juge du procès aura donné des directives appropriées au jury sur toutes les questions de droit qui sont soulevées dans l'affaire et aura fait les renvois à la preuve qui sont nécessaires pour faciliter l'application du droit aux faits. Toutefois, le sous-al. 613(1)a)(i) du *Code criminel* prévoit un moyen additionnel pour contester le verdict prononcé au procès. Une



the opinion that the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence. It may be thought that this subsection does not in a strict sense raise a question of law which would give a right to appeal to this Court under s. 618(1)(a) of the *Code*. Indeed, the respondent Crown asserted in its factum that there was no point of law dividing the minority and the majority of the Court of Appeal in this case. This argument was not, however, strongly pressed on the hearing of the appeal and, in my view, cannot be sustained. It is frequently difficult to draw a clear line between a question of law and a question of fact. While the law can be stated in isolation from the facts, abstract statements of law unconnected to facts are vague and elusive. Even when two judges state the law in precisely the same terms each may actually differ in his understanding of the law and the requirements for its application. Therefore, whether or not an appeal raises a question of law can only be determined after an examination of both the statements of law and the application of the law to the facts in the courts below. Under s. 613(1)(a)(i) of the *Code*, a court of appeal is required to decide whether the verdict of the jury was unreasonable. While this involves a reconsideration of the facts, it also requires the court to resolve a question of law by giving legal content to the concept of "unreasonable". This same point was made recently by this Court in *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834, where the Court was called upon to determine whether a question of law is raised by the proviso in s. 613(1)(b)(iii) which allows the Court to dismiss an appeal notwithstanding an error of law at trial, provided that "no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred". Speaking for Laskin C.J., Ritchie and Estey JJ., and myself, I stated, at pp. 852-53, that:

The authorities which have been referred to make it clear, in my view, that this Court has long considered that the application of the proviso involves a question of law and it has entertained appeals where error in its application has been alleged. It has been shown that the

cour d'appel peut accueillir l'appel d'une déclaration de culpabilité si elle est d'avis que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve. On peut croire que ce sous-alinéa dans un sens strict ne soulève pas une question de droit qui accorderait un droit d'appel devant cette Cour aux termes de l'al. 618(1)a) du *Code*. De fait, le ministère public intimé a soutenu dans son mémoire que les trois juges de la Cour d'appel étaient d'accord sur tous les points de droit. Toutefois, il n'a pas insisté sur cet argument à l'audition du pourvoi et, à mon avis, il ne peut être soutenu. Il est souvent difficile d'établir clairement une distinction entre une question de droit et une question de fait. Bien que le droit puisse être énoncé de manière isolée par rapport aux faits, les principes abstraits de droit qui ne sont pas reliés aux faits sont vagues et flous. Même lorsque deux juges exposent des principes de droit en utilisant exactement les mêmes termes, chacun peut en réalité avoir une interprétation différente du droit et des exigences relatives à son application. Par conséquent, la question de savoir si un appel soulève une question de droit ne peut être tranchée qu'après un examen des principes de droit et l'application du droit aux faits par les cours d'instance inférieure. Aux termes du sous-al. 613(1)a)(i) du *Code*, la Cour d'appel est tenue de décider si le verdict du jury est déraisonnable. Bien que cela comporte un nouvel examen des faits, la cour doit également résoudre une question de droit en donnant un contenu juridique à la notion du caractère «déraisonnable». C'est ce qu'a conclu récemment cette Cour dans l'affaire *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834, dans lequel on lui demandait de trancher la question de savoir si une question de droit était soulevée par la disposition du sous-al. 613(1)b)(iii) qui permet à la Cour de rejeter un appel nonobstant une erreur de droit commise au procès, à la condition «qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne [se soit] produit». Parlant au nom du juge en chef Laskin, des juges Ritchie et Estey et en mon nom personnel, j'ai dit, aux pp. 852 et 853:

La jurisprudence citée indique clairement, à mon avis, que cette Cour considère depuis longtemps que l'application de la disposition comporte une question de droit et elle a entendu des pourvois où on alléguait qu'une erreur avait été commise en l'appliquant. On a démontré que la

proviso may be applied only following a legal determination that errors have been made at trial, but that "no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred", and then only according to a strict legal test. The determination of what will constitute a substantial wrong or miscarriage of justice must involve the construction of those words in the context in which they are used in the Statute, and such statutory construction has long been considered a matter of law. The Court's decision involves an analysis of the rights accorded by law to an accused and the measurement of the impact of the errors which were made at trial. Once an appellant establishes in the Court of Appeal that errors of law were made at his trial he becomes entitled to have his appeal allowed and a new trial or an acquittal, depending on the circumstances, unless the proviso is applied to annul those rights. The Court of Appeal must consider the errors against the background of the whole trial. While a reconsideration of the evidence is involved, clearly the inquiry goes far beyond the determination of matters of fact. The Court of Appeal must give substance to the concept of "miscarriage of justice" and this involves a legal determination. For all the above reasons, I am of the opinion that the application of the proviso must always involve a question of law and it is reviewable in this Court on appeal under s. 618 of the *Criminal Code*. [Emphasis added.]

Lamer J., speaking for Dickson J. (as he then was) and himself, stated, at pp. 857-58, that:

In my view, this Court has through judicial pronouncements defined the application of s. 613(1)(b)(iii) into a question of law. Indeed, the section suggests, when considered alone, that the decision by the Court of Appeal is one of mixed fact and law. But this Court has required as a prerequisite to the courts of appeal applying the proviso of s. 613(1)(b)(iii) that they first make a finding that no jury properly charged could reasonably acquit. (Reference to, amongst others, Spence J. in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739.) Such a finding is, in my opinion, no less a decision on a question of law than that made by a trial judge before directing a verdict of acquittal when he comes to the conclusion that "in view of the dubious nature of the evidence" no jury could reasonably convict. (*R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396.)

disposition ne peut être appliquée que par suite d'une décision en droit selon laquelle des erreurs ont été commises au procès mais qu'«aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit», et alors seulement selon un critère juridique strict. La détermination de ce qui constitue un tort important ou une erreur judiciaire grave doit comporter l'interprétation de ces termes en fonction du contexte dans lequel ils sont employés dans le *Code* et une telle interprétation du *Code* est considérée depuis longtemps comme une question de droit. La décision de la Cour comporte une analyse des droits dont l'accusé jouit en vertu de la loi et une appréciation de l'effet des erreurs commises au procès. Dès qu'un appelant établit en cour d'appel que des erreurs de droit ont été commises à son procès, il a droit à ce que son appel soit accueilli et il a aussi droit à un nouveau procès ou à un acquittement, selon les circonstances, à moins que la disposition ne soit appliquée pour annuler ces droits. La cour d'appel doit examiner les erreurs en fonction de l'ensemble du procès. Même si cela comporte un nouvel examen de la preuve, il est évident que cet examen va bien au delà de la détermination de questions de fait. La Cour d'appel doit concrétiser la notion d'«erreur judiciaire» et cela comporte une décision sur un point de droit. Pour tous ces motifs, je suis d'avis que l'application de la disposition comporte toujours une question de droit et qu'elle est révisable en cette Cour dans le cadre d'un pourvoi fondé sur l'art. 618 du *Code criminel*. [Je souligne.]

Le juge Lamer, parlant au nom du juge Dickson (maintenant Juge en chef) et en son nom propre a dit aux pp. 857 et 858:

J'estime que, par ses arrêts, cette Cour a fait de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) une question de droit. En effet, il ressort de l'article pris isolément que la décision de la Cour d'appel est une question mixte de droit et de fait. Mais cette Cour a posé comme condition préalable à l'application de la disposition du sous-al. 613(1)(b)(iii) par les cours d'appel que celles-ci concluent d'abord qu'un jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu raisonnablement prononcer l'acquiescement. (Voir, notamment, le juge Spence dans l'arrêt *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739.) À mon avis, une telle conclusion est tout autant une décision sur une question de droit que celle à laquelle en vient le juge du procès avant d'ordonner un verdict d'acquiescement lorsqu'il conclut que [TRADUCTION] «à cause de la nature douteuse de la preuve», aucun jury ne pourrait raisonnablement prononcer un verdict de culpabilité. (*R. c. Comba*, [1938] R.C.S. 396.)

While the reasons of the majority in *Mahoney* were based on s. 613(1)(b)(iii), I believe that they are equally applicable to s. 613(1)(a)(i) and, therefore, following those reasons I am of the view that s. 613(1)(a)(i) raises a question of law which can be reviewed by this Court under s. 618 of the *Criminal Code*.

The leading case upon the question of the applicability of s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code* is *Corbett v. The Queen, supra*. In that case, Corbett was convicted of murder. The key witness was the wife of the deceased. She had been wounded by the murderer immediately after the shooting of her husband, but three days after the shooting was able to identify Corbett as the killer. There were, however, some discrepancies between her statement of the facts and the evidence of other witnesses. The case was appealed to the British Columbia Court of Appeal on the ground that the discrepancies in the evidence made the verdict "unreasonable" for the purposes of s. 613(1)(a)(i). The appeal was dismissed with a dissent concerning the application of s. 613(1)(a)(i) of the *Code*. In this Court, Pigeon J., speaking for the majority (Abbott, Martland, Judson, Pigeon and Dickson JJ.) (Spence and Laskin JJ. dissenting) said that the dissent in the Court of Appeal was not a dissent upon a question of law but solely as to the application of law. This raised the same question to which I have already adverted. Responding to a submission by the appellant that the majority of the Court of Appeal, in their approach to s. 613(1)(a)(i), erred in merely considering whether there was any evidence rather than reaching their own conclusion on the weight of the evidence, he said, at pp. 278-79:

Of course, if the judges of the majority had held that their function was only to decide whether there was evidence, this would be reversible error. The *Code* expressly provides that the appeal may be allowed, not only when the verdict cannot be supported by the evidence but also when it is unreasonable. In other words, the Court of Appeal must satisfy itself not only that there was evidence requiring the case to be submitted to

Bien que les motifs de la majorité dans l'arrêt *Mahoney* aient été fondés sur le sous-al. 613(1)(b)(iii), je suis d'avis qu'ils s'appliquent également au sous-al. 613(1)(a)(i) et, suivant ces motifs, j'estime donc que le sous-al. 613(1)(a)(i) soulève une question de droit qui peut être révisée par cette Cour aux termes de l'art. 618 du *Code criminel*.

L'arrêt *Corbett c. La Reine*, précité, fait autorité sur la question de l'applicabilité du sous-al. 613(1)(a)(i) du *Code criminel*. Dans cet arrêt, Corbett a été déclaré coupable de meurtre. Le témoin principal était l'épouse de la victime. Elle avait été blessée par le meurtrier immédiatement après que son mari se soit fait abattre, mais trois jours plus tard elle était en mesure d'identifier Corbett comme le meurtrier. Toutefois, il y avait quelques divergences entre sa déposition et le témoignage des autres témoins. Appel a été interjeté à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur le fondement que les divergences dans la preuve rendaient le verdict «déraisonnable» aux fins du sous-al. 613(1)(a)(i). L'appel a été rejeté avec une dissidence concernant l'application du sous-al. 613(1)(a)(i) du *Code*. En cette Cour, le juge Pigeon parlant au nom de la majorité formée également des juges Abbott, Martland, Judson et Dickson, les juges Spence et Laskin étant dissidents, a dit que la dissidence en Cour d'appel n'était pas une dissidence sur une question de droit mais uniquement sur l'application du droit. Cela a soulevé la même question que celle à laquelle j'ai déjà fait allusion. En répondant à un argument de l'appelant selon lequel les juges de la majorité de la Cour d'appel dans leur interprétation du sous-al. 613(1)(a)(i) ont commis une erreur en se demandant simplement s'il y avait des éléments de preuve plutôt que de tirer leur propre conclusion sur la force probante des éléments de preuve, il a dit, aux pp. 278 et 279:

Naturellement, si les juges de la majorité avaient jugé que leur rôle était seulement de déterminer s'il y avait preuve à l'appui du verdict, il y aurait là erreur donnant lieu à cassation. Le *code* prévoit expressément que l'appel peut être admis, non seulement lorsque le verdict est rendu sans aucune preuve mais également lorsqu'il est déraisonnable. En d'autres termes, la Cour d'appel doit s'assurer non seulement qu'il existe une preuve exigeant

the jury, but also that the weight of such evidence is not so weak that a verdict of guilty is unreasonable. This cannot be taken to mean that the Court of Appeal is to substitute its opinion for that of the jury. The word of the enactment is “unreasonable”, not “unjustified”. The jurors are the triers of the facts and their finding is not to be set aside because the judges in appeal do not think they would have made the same finding if sitting as jurors. This is only to be done if they come to the conclusion that the verdict is such that no twelve reasonable men could possibly have reached it acting judicially. [Emphasis added.]

Later, at p. 280, he said:

In my view, there is nothing from which it might be deduced that the learned judge only considered whether there was evidence. If there had been no evidence, it would have been the duty of the trial judge to withhold the case from the jury. This is not what was considered. The point dealt with assumed that the case was properly before the jury. It was asked in effect whether they could reasonably answer “Guilty” and, in my opinion, that was the proper test before the Court of Appeal.

And in reaching his conclusion, he said, at p. 282:

I do not read the above as meaning that the duty of the Court of Appeal is to reach its opinion on the basis of what its members think they would have decided if sitting as the jury so that, if they are not convinced that they would have rendered the same verdict, they are to find it unreasonable. If that is what the learned judge meant, then I must disagree with him because that is not the proper test. As previously noted, the question is whether the verdict is unreasonable, not whether it is unjustified. The function of the court is not to substitute itself for the jury, but to decide whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered. [Emphasis added.]

These passages, especially those portions underlined, have led to some uncertainty regarding the standard of review to be employed under s. 613 of the *Criminal Code*. As I have indicated above, the judges of the Court of Appeal were troubled by the apparent inconsistencies in these passages and attempted to resolve them. Hutcheon J.A., in dissent, concluded that the word “possibly”, used in

que l'affaire soit soumise au jury, mais également que le poids de cette preuve n'est pas si faible qu'un verdict de culpabilité soit déraisonnable. Cela ne veut pas dire que la Cour d'appel doit substituer son opinion à celle du jury. Le texte de loi dit bien «déraisonnable», et non pas «injustifié». Ce sont les membres du jury qui jugent les faits et leur conclusion ne doit pas être écartée simplement parce que les juges de la cour d'appel ne pensent pas qu'ils auraient eux-mêmes abouti à la même conclusion s'ils avaient siégé comme membres du jury. La conclusion du jury ne peut être rejetée que si la Cour d'appel arrive à la conclusion que le verdict est tel qu'aucun jury composé de douze hommes raisonnables jugeant de façon judiciaire n'aurait pu aboutir au verdict rendu. [Je souligne.]

Plus loin, à la p. 280, il a dit:

À mon avis, rien ne permet de déduire que le savant juge a considéré seulement la question de savoir s'il y avait une preuve à l'appui du verdict. S'il n'y avait eu aucune preuve, le devoir du savant juge de première instance aurait été de ne pas soumettre au jury l'examen de l'affaire. Ce n'est pas la question qui a été examinée. Le point traité reposait sur la prémisse que l'affaire avait été à bon droit soumise au jury. Ce qu'on s'est demandé, en fait, c'est si le jury pouvait raisonnablement répondre «coupable», et, à mon avis, c'était le critère voulu en Cour d'appel.

Et pour arriver à sa conclusion, il a dit à la p. 282:

Je ne pense pas que ce que je viens de citer signifie que le rôle de la Cour d'appel soit de statuer selon ce que ses membres pensent qu'ils auraient décidé s'ils avaient siégé en tant que jury, de telle sorte que, s'ils ne sont pas convaincus qu'ils auraient rendu le même verdict, ils doivent le trouver déraisonnable. Si c'est ce qu'a voulu dire le savant juge, alors je dois être en désaccord avec lui car ce n'est pas le critère voulu. Comme on l'a déjà signalé, la question est de savoir si le verdict est déraisonnable, non s'il est injustifié. Le rôle de la Cour n'est pas de se substituer au jury mais de décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. [Je souligne.]

Ces passages, particulièrement les parties soulignées, ont amené une certaine incertitude concernant la norme de révision qui doit être utilisée en vertu de l'art. 613 du *Code criminel*. Comme je l'ai indiqué précédemment, les juges de la Cour d'appel ont été gênés par les différences apparentes dans ces passages et ont tenté de les résoudre. Le juge Hutcheon, dissident, a conclu que le terme

the first passage, was inappropriate and that the last of the quoted passages stated the law more faithfully. Macdonald J.A., on the other hand, after citing the first of the passages quoted above, said with a hint of resignation:

So that is the definitive statement of the requirement of the subparagraph. I think that as a judge of this Court I should simply endeavour to apply it, leaving elaboration to the Supreme Court.

I hasten to elaborate. I am in agreement with Hutcheon J.A. that the word "possibly" in this context is inappropriate. In my view, to adopt literally the proposition that the appellate court could only consider whether the impugned verdict could possibly have been reached would render review on appeal under the subsection almost impossible. "Reasonably could have reached" must be the test, and from a reading of the whole of Pigeon J.'s judgment I am of the view that it was what was intended. The concept of reasonableness is clearly expressed in the section which speaks of an unreasonable verdict. Therefore, curial review is invited whenever a jury goes beyond a reasonable standard. In my view, then, *Corbett* is the governing case and the test is "whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered".

The appellant, while not quarrelling with the authority of the *Corbett* case, argues that it was misapplied here in a case depending entirely on circumstantial evidence. He argues that before a jury may convict on purely circumstantial evidence, it must be satisfied beyond a reasonable doubt that the circumstances proved in the evidence are such as to be inconsistent with any other rational conclusion than that the accused is the guilty person. The test is sometimes stated in a somewhat different form, but to the same effect: the circumstances must be consistent with guilt and inconsistent with innocence. The appellant

«possibly» utilisé en anglais dans le premier passage, n'était pas approprié et que le dernier des passages cités énonçait le droit d'une manière plus fidèle. Par ailleurs, le juge Macdonald, après avoir cité le premier des passages mentionnés ci-dessus, a dit en laissant entendre qu'il se résignait:

[TRADUCTION] Ainsi, il s'agit de la formulation définitive de l'exigence du sous-alinéa. Je crois que, comme juge de cette Cour, je dois simplement m'efforcer de l'appliquer, en laissant à la Cour suprême le soin de l'élucider.

Je m'empresse de l'élucider. Je conviens avec le juge Hutcheon que le terme «possibly» dans la version anglaise n'est pas approprié dans ce contexte. À mon avis, l'adoption littérale de la proposition que la Cour d'appel ne peut que se demander si le jury aurait peut-être pu rendre le verdict contesté aurait pour effet de rendre presque impossible la révision en appel aux termes du paragraphe. L'expression «aurait pu raisonnablement rendre» doit constituer le critère et d'après l'interprétation de l'ensemble du jugement du juge Pigeon, je suis d'avis que c'est ce qui était visé. Le concept du caractère raisonnable est clairement exprimé dans l'article qui mentionne un verdict déraisonnable. Par conséquent, il doit y avoir révision judiciaire chaque fois que le jury dépasse une norme raisonnable. À mon avis, donc, l'arrêt *Corbett* constitue l'arrêt applicable et le critère est celui de savoir «si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre».

Bien qu'il ne conteste pas l'autorité de l'arrêt *Corbett*, l'appelant soutient qu'il a été mal appliqué en l'espèce dans une affaire qui dépend entièrement d'une preuve circonstancielle. Il soutient que, avant qu'un jury puisse déclarer un accusé coupable en vertu d'une preuve purement circonstancielle, il doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que les circonstances établies dans la preuve n'entraînent aucune autre conclusion rationnelle que celle que l'accusé est coupable. Le critère est quelquefois énoncé d'une manière un peu différente mais il a le même effet: les circonstances doivent appuyer la culpabilité et rejeter

submits that the majority of the Court of Appeal erred in failing to apply this test.

In my view, the majority of the Court of Appeal did not fail to apply the correct principles relating to the treatment of circumstantial evidence. The function of the Court of Appeal, under s. 613(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, goes beyond merely finding that there is evidence to support a conviction. The Court must determine on the whole of the evidence whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered. While the Court of Appeal must not merely substitute its view for that of the jury, in order to apply the test the Court must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence. This process will be the same whether the case is based on circumstantial or direct evidence. In the Court of Appeal, the majority clearly found that there was sufficient evidence to justify the verdict and both Macdonald and Craig J.J.A. rejected all rational inferences offering an alternative to the conclusion of guilt. It is therefore clear that the law was correctly understood and applied.

This Court, in considering an appeal where the sole issue raised is the application of s. 613(1)(a)(i) of the *Code*, must put itself in the place of the Court of Appeal and, pursuant to the powers given in s. 623(1) of the *Code*, consider the matter anew, and if error be found make such order as the Court of Appeal should have made. In pursuit of that objective, I can say that there was evidence before the jury from which it could reasonably find that the two boys were dead before the fire in the mattress was set and that they did not die from natural causes. There was evidence upon which the jury could reasonably find that the fire in the mattress was not accidental but was set by a human hand with the aid of a liquid accelerant. There was evidence upon which they could reasonably find that the appellant Yebes had a motive for killing the boys and that he had an opportunity to do so. If there were no further

l'innocence. L'appelant soutient que les juges de la Cour d'appel à la majorité ont commis une erreur en n'appliquant pas ce critère.

<sup>a</sup> À mon avis, les juges de la Cour d'appel à la majorité ont bien appliqué les principes appropriés en ce qui a trait au traitement de la preuve circonstancielle. La fonction de la Cour d'appel, aux termes du sous-al. 613(1)a(i) du *Code criminel*, <sup>b</sup> dépasse la simple conclusion qu'il y a des éléments de preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité. La Cour doit déterminer d'après l'ensemble de la preuve si le verdict est l'un de ceux qu'un jury <sup>c</sup> qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. Bien que la Cour d'appel ne doive pas simplement substituer son opinion à celle du jury, afin d'appliquer le critère elle doit réexaminer <sup>d</sup> l'effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer. Ce processus sera le même que l'affaire soit fondée sur une preuve circonstancielle ou une preuve directe. En Cour d'appel, les juges de la majorité ont clairement conclu qu'il y <sup>e</sup> avait suffisamment d'éléments de preuve pour justifier le verdict et les juges Macdonald et Craig ont tous deux rejeté toute déduction rationnelle offrant un autre choix que la conclusion de culpabilité. <sup>f</sup> Par conséquent, il est évident que le droit a été bien interprété et bien appliqué.

Lorsque cette Cour examine un pourvoi où la seule question soulevée est celle de l'application du sous-al. 613(1)a(i) du *Code*, elle doit se mettre à <sup>g</sup> la place de la Cour d'appel et, en conformité des pouvoirs attribués dans le par. 623(1) du *Code*, examiner la question de nouveau et, s'il y a une erreur, rendre l'ordonnance que la Cour d'appel <sup>h</sup> aurait dû rendre. Dans la poursuite de cet objectif, je peux dire qu'on avait présenté des éléments de preuve au jury qui lui permettait raisonnablement de conclure que les deux garçons étaient décédés avant qu'on ait mis le feu au matelas et qu'ils ne <sup>i</sup> sont pas décédés de causes naturelles. On a présenté des éléments de preuve en vertu desquels le jury pouvait raisonnablement conclure que le feu mis au matelas n'était pas accidentel mais avait <sup>j</sup> été allumé par la main de l'homme avec l'aide d'un catalyseur. Il y avait des éléments de preuve qui permettaient au jury de conclure raisonnablement

evidence upon which to support the Crown's case there could be no doubt that the appellant would be entitled to an acquittal, for evidence of motive alone would not be sufficient to base a conviction and coupling opportunity with motive in the absence of other evidence would not advance the case unless there were evidence of exclusive opportunity. This point was made by McLennan J.A. in *R. v. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37 (Ont. C.A.) The two accused in the case were joint owners of a building and it was clearly established that a fire in the building had been deliberately set. The only evidence against the accused was evidence of motive and opportunity. McLennan J.A., speaking for the Court (Porter C.J.O., Kelly and McLennan J.J.A.) said, at p. 39:

The only evidence against the accused on the first count of conspiracy to commit arson was motive and opportunity. The motive suggested was to obtain the insurance money and the opportunity suggested was that either or both accused would have returned to Kingsville from Windsor and set the fire or hired someone else to do it. There was no evidence that they did so and there was no evidence of any connection between either accused and any person unknown who might have started the fire. At least one other person had a motive at least equally as strong as the accused.

Although motive may be an important element along with other probative and significant facts in establishing guilt, motive by itself and standing alone amounts to nothing or next to nothing in the way of proof that the accused committed the crime charged in Count 1: Best on Evidence, 12th ed. 3845.

Evidence of opportunity, unless it is exclusive opportunity, is on a somewhat similar footing as evidence of motive. Mere opportunity is not accepted as corroboration where corroboration is required or desirable: *Burbury v. Jackson*, [1917] 1 K.B. 16, 25 Cox C.C. 555 at 558; *Forsythe v. The King*, [1943] S.C.R. 98, 79 C.C.C. 129, [1943] 2 D.L.R. 737, 5 Abr. Con. (2nd) 361. The accused or someone hired by either of them were not the

que l'appelant Yebeas avait un mobile pour tuer les garçons et qu'il a eu l'occasion de le faire. S'il n'y avait eu aucun autre élément de preuve à l'appui des arguments du ministère public, il n'y aurait aucun doute que l'appelant aurait le droit d'être acquitté, car la seule preuve d'un mobile ne serait pas suffisante pour fonder une déclaration de culpabilité et ajouter l'occasion au mobile, en l'absence de tout autre élément de preuve, ne donnera pas plus de poids aux arguments s'il n'y a pas preuve d'une occasion exclusive de toute autre possibilité. C'est ce qu'a conclu le juge McLennan dans l'arrêt *R. v. Ferianz* (1962), 37 C.R. 37 (C.A. Ont.) Les deux accusés dans cette affaire étaient copropriétaires d'un immeuble et il avait été clairement établi qu'un incendie avait été délibérément allumé dans l'immeuble. Le seul élément de preuve retenu contre l'accusé était une preuve de mobile et d'occasion. Le juge McLennan, au nom de la cour, composée également du juge en chef Porter de l'Ontario et du juge Kelly, a dit à la p. 39:

[TRADUCTION] Le seul élément de preuve contre les accusés en vertu du premier chef de complot en vue de commettre un crime d'incendie était le mobile et l'occasion. Le mobile avancé était le produit de l'assurance et l'occasion avancée était que l'un ou l'autre des accusés ou les deux seraient revenus de Windsor vers Kingsville et auraient mis le feu ou auraient engagé quelqu'un pour le faire. Il n'y avait aucun élément de preuve à cet effet et il n'y avait aucun élément de preuve de rapports entre l'un ou l'autre accusé et une personne inconnue qui aurait pu allumer l'incendie. Au moins une autre personne avait un mobile au moins aussi fort que celui de l'accusé.

Bien que le mobile puisse être un élément important joint à d'autres faits probants et significatifs pour établir la culpabilité, le mobile en soi, pris de façon isolée, n'équivaut à rien ou à presque rien pour prouver que l'accusé a commis le crime dont il est accusé en vertu du premier chef d'accusation: Best on Evidence, 12th ed. 3845.

La preuve de l'occasion, à moins qu'elle ne soit une occasion exclusive de toute autre possibilité, est à peu près sur le même pied que la preuve du mobile. La simple occasion n'est pas acceptée à titre de corroboration lorsque la corroboration est nécessaire ou souhaitable: *Burbury v. Jackson*, [1917] 1 K.B. 16, 25 Cox C.C. 555 à la p. 558, *Forsythe v. The King*, [1943] R.C.S. 98, 79 C.C.C. 129, [1943] 2 D.L.R. 737, 5 Abr. Con. (2nd)

only persons who had the opportunity. Logically anyone who could have been in the building about midnight had opportunity.

In our opinion even considering the cumulative effect of opportunity and such motive as there was in this case it is not sufficient to warrant a conviction on the count charging conspiracy to commit arson.

A more recent statement of the same principle is found in *R. v. MacFarlane* (1981), 61 C.C.C. (2d) 458 (Ont. C.A.), where Martin J.A., speaking for the Court (Martin, Weatherston and Morden J.J.A.) said, at p. 460:

Since there were no other circumstances connecting the appellant with the setting of the fire, it was incumbent upon the Crown to establish that he had exclusive opportunity to set the fire in order to support a conviction. There was evidence from which the jury could draw the conclusion that the appellant had the exclusive opportunity of setting the fire, but the evidence was not so compelling as to require that conclusion. The trial Judge instructed the jury that the Crown's case against the appellant was based on opportunity and motive and in our view this instruction may have caused the jury to conclude that those circumstances were sufficient in the absence of a clear direction as to the necessity for proof of exclusive opportunity to warrant a conviction.

In those circumstances a careful direction was required that unless the jury reached the conclusion that the appellant had the exclusive opportunity of setting the fire, they could not convict. In our view, the failure of the trial Judge in the circumstances of this case to clearly instruct the jury on this issue, constituted misdirection. Although there was perhaps some evidence of motive it was of negligible weight since on the facts disclosed in the record, there was no clear evidence that the appellant stood to benefit financially from the fire. The trial Judge should have made this clear to the jury.

It may then be concluded that where it is shown that a crime has been committed and the incriminating evidence against the accused is

361. Les accusés ou une personne engagée par l'un d'eux ne sont pas les seules personnes qui ont eu l'occasion de commettre le crime. Logiquement, quiconque se trouvait dans l'immeuble vers minuit avait l'occasion de le commettre.

a

À notre avis, même si on considère l'effet cumulatif de l'occasion de commettre le crime et du mobile en l'espèce, cela n'est pas suffisant pour justifier une déclaration de culpabilité en vertu du chef d'accusation de b complot en vue de commettre le crime d'incendie.

b

Le même principe a été énoncé plus récemment dans l'arrêt *R. v. MacFarlane* (1981), 61 C.C.C. (2d) 458 (C.A. Ont.), où le juge Martin au nom de c la Cour, composée également des juges Weatherston et Morden, a dit à la p. 460:

c

[TRADUCTION] En l'absence de toute autre circonstance reliant l'appelant au fait d'avoir mis le feu, il incombe au ministère public, pour appuyer la déclaration de culpabilité, de démontrer que l'occasion qu'il a eue d'allumer un incendie exclut toute autre possibilité. Il y avait des éléments de preuve dont le jury pouvait conclure que l'appelant a eu une occasion de mettre le feu qui excluait toute autre possibilité, mais les éléments d e de preuve n'étaient pas assez probants pour imposer cette conclusion. Le juge du procès a dit au jury que la preuve à charge contre l'appelant était fondée sur l'occasion et le mobile et à notre avis cette directive peut avoir incité le jury à conclure que ces circonstances étaient f suffisantes en l'absence d'une directive claire quant à la nécessité de démontrer l'occasion exclusive de toute autre possibilité pour justifier une déclaration de culpabilité.

e

f

Dans ces circonstances, il était nécessaire de donner g une directive prudente selon laquelle, à moins qu'il n'arrive à la conclusion que l'appelant a eu une occasion de mettre le feu qui exclut toute autre possibilité, le jury ne pouvait prononcer une déclaration de culpabilité. À notre avis, l'omission du juge du procès dans les circonstances de l'espèce de donner des directives claires au jury sur cette question, équivaut à des directives erronées. Bien qu'il y eût sans doute certains éléments de preuve relatifs au mobile, ils étaient d'un poids négligeable étant donné que, d'après les faits révélés au dossier, h il n'y avait aucun élément de preuve clair que l'appelant allait tirer un avantage pécuniaire de l'incendie. Le juge du procès aurait dû l'établir clairement à l'intention du jury.

h

i

On peut alors conclure que, lorsqu'il est démontré j qu'un crime a été commis et que les éléments de preuve incriminants retenus contre l'accusé ont

j



primarily evidence of opportunity, the guilt of the accused is not the only rational inference which can be drawn unless the accused had exclusive opportunity. In a case, however, where evidence of opportunity is accompanied by other inculpatory evidence, something less than exclusive opportunity may suffice. This was the view expressed by Lacourcière J.A. in *R. v. Monteleone* (1982), 67 C.C.C. (2d) 489 (Ont. C.A.), at p. 493, where he said:

It is not mandatory for the prosecution to prove that the respondent had the exclusive opportunity in a case where other inculpatory circumstances are proved.

It is also supported by further comments of Martin J.A. in *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518, at pp. 534 *et seq.*, and see, as well, *Imrich v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 622, *per* Ritchie J. at p. 627.

Since there is no evidence in this case directly connecting Yebes to the death of the children, the question which now arises is: Did the appellant during the relevant times have exclusive opportunity to commit the crime of murder? It is unquestionably established in the evidence that after the dinner at which Mrs. Yebes and her daughters were present with Yebes and the boys in the town house, Mrs. Yebes and the daughters left between 8:00 or 8:05 in the evening, leaving Yebes and the two boys alone in the house. There is no evidence whatever that she and the daughters, or any other person, were present in the house until the entry of Sergeant Shaw at about 1:00 a.m. The medical evidence established that before the fire was started the boys were killed by some human intervention and that their deaths occurred not later than 12:30 a.m. and possibly before 10:30 p.m. The state of the fire in the mattress and the condition of the bodies upon the arrival of the police at 1:00 a.m. suggests that they died closer to 10:30 p.m. than 12:30 a.m. On that evening the front door of the town house was closed but unlocked. Yebes' evidence was that he habitually locked that door when he went to bed. He couldn't remember whether he had locked it that night, but assumed

principalement trait à l'occasion, la culpabilité de l'accusé n'est pas la seule déduction rationnelle qui peut en être tirée à moins que l'accusé ait eu une occasion exclusive de toute autre possibilité de commettre. Toutefois, dans une affaire où la preuve de l'occasion est accompagnée d'autres éléments de preuve incriminants, une occasion qui n'exclut pas tout à fait toute autre possibilité peut suffire. C'est l'opinion exprimée par le juge Lacourcière dans l'arrêt *R. v. Monteleone* (1982), 67 C.C.C. (2d) 489 (C.A. Ont.), à la p. 493, où il a dit:

[TRADUCTION] Il n'est pas obligatoire que la poursuite démontre que l'intimé a eu, dans une affaire où d'autres circonstances incriminantes sont démontrées, une occasion qui exclut toute autre possibilité.

Cette opinion est également appuyée par d'autres observations du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518 aux pp. 534 *et seq.*, et voir également *Imrich c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 622, le juge Ritchie à la p. 627.

Étant donné qu'aucun élément de preuve en l'espèce ne relie directement Yebes au décès des enfants, la question qui se pose maintenant est la suivante: Pendant la période pertinente, l'appelant a-t-il eu une occasion de commettre le crime de meurtre qui exclut toute autre possibilité? Il est établi de manière incontestable dans la preuve que, après le souper auquel assistaient M<sup>me</sup> Yebes et ses filles avec Yebes et les garçons dans la maison en rangée, celles-ci sont parties entre 20 h et 20 h 05 ce soir-là, laissant Yebes et les deux garçons seuls dans la maison. Il n'y a absolument aucun élément de preuve que M<sup>me</sup> Yebes et ses filles ou toute autre personne étaient présentes dans la maison jusqu'à l'arrivée du sergent Shaw vers une heure du matin. La preuve médicale a démontré que les garçons ont été tués avant le début de l'incendie par une intervention humaine et que leur décès ne s'est pas produit après minuit trente, mais peut-être avant 22 h 30. L'état de l'incendie dans le matelas et l'état des corps à l'arrivée des policiers à une heure du matin indiquent qu'ils sont décédés plus près de 22 h 30 que de minuit trente. Ce soir-là, la porte principale de la maison en rangée a été fermée mais n'a pas été verrouillée. Yebes a déposé qu'habituellement il verrouillait cette porte

that he had done so. He did not remember unlocking the door at any time that evening. Yebe testified that he did not give Mrs. Yebe a key to the town house but that the key-ring for his car keys held a key to the house and on occasion Mrs. Yebe would have driven the car and had access to the key. There is no evidence as to where the key was on the night in question but there is evidence that Yebe knew that the door was unlocked. When the police officer arrived, Yebe called to him from the second floor window, "In here, in here". The police officer entered the unlocked door. Yebe made no move to open it for him. There is no evidence of the presence of any other persons, save the two boys, in the town house that evening. Only the unlocked front door could raise a question as to exclusive opportunity. I am of the view that there was evidence before the jury upon which a properly charged jury could reasonably have reached the conclusion that Yebe had exclusive opportunity to kill the boys. I adopt the comment quoted above by Macdonald J.A. to the effect that the reality of the situation is that only Yebe had the opportunity as well as the motive to commit the crimes charged. In my view, the first ground of appeal must therefore fail.

The remaining ground that the Crown failed to call a witness, Mrs. Yebe, essential to the unfolding of the narrative, must also fail in my view. The Crown has a discretion as to which witnesses it will call in presenting its case to the court. This discretion will not be interfered with unless the Crown has exercised it for some oblique or improper reason: see *Lemay v. The King, supra*. No such improper motive is alleged here. While the Crown may not be required to call a given witness, the failure of the Crown to call a witness may leave a gap in the Crown's case which will leave the Crown's burden of proof undischarged and entitle the accused to an acquittal. It is in this sense that the Crown may be expected to call all witnesses

avant d'aller se coucher. Il n'a pu se rappeler s'il l'avait verrouillée ce soir-là, mais a présumé qu'il l'avait fait. Il ne se souvient pas d'avoir ouvert la porte à un moment donné ce soir-là. Yebe a témoigné qu'il n'avait pas donné de clé de la maison en rangée à son épouse mais que cette clé se trouvait sur le porte-clés avec ses clés de voiture et que, à l'occasion, M<sup>me</sup> Yebe conduisait la voiture et avait eu accès à la clé. Aucun élément de preuve n'indique où se trouvait la clé la nuit en question mais il y a des éléments de preuve selon lesquels Yebe savait que la porte n'était pas verrouillée. Lorsque le policier est arrivé, Yebe l'a appelé de la fenêtre de l'étage, en criant [TRADUCTION] «C'est ici, c'est ici». L'agent de police est entré par la porte non verrouillée. Yebe n'a fait aucun geste pour aller lui ouvrir la porte. Il n'y a aucun élément de preuve de la présence d'autres personnes, outre les deux garçons, dans la maison en rangée ce soir-là. Seule la porte avant non verrouillée peut soulever une question en ce qui a trait à l'occasion exclusive de toute autre possibilité. Je suis d'avis qu'on a présenté des éléments de preuve qui permettaient à un jury qui a reçu les directives appropriées de tirer raisonnablement la conclusion que Yebe a eu une occasion de tuer les garçons qui exclut toute autre possibilité. Je fais mienne l'observation du juge Macdonald citée précédemment selon laquelle la réalité est que seul Yebe a eu l'occasion de même que le mobile de commettre les crimes qui lui sont reprochés. À mon avis, le premier moyen d'appel doit par conséquent échouer.

L'autre moyen portant que le ministère public n'a pas cité un témoin essentiel pour la narration de l'histoire, soit M<sup>me</sup> Yebe, doit également échouer à mon avis. Le ministère public a le pouvoir discrétionnaire de choisir les témoins qui seront cités lorsqu'il présentera sa preuve à la cour. On ne doit pas intervenir à cet égard à moins que le ministère public ne l'ait exercé pour une raison détournée ou inappropriée: voir *Lemay v. The King, précité*. En l'espèce aucun motif inapproprié n'est allégué. Bien que le ministère public ne puisse pas être tenu de citer un témoin donné, l'omission de le faire peut créer une faille dans sa preuve, ce qui fera en sorte qu'il ne se sera pas déchargé de son fardeau de la preuve et permettra

essential to the unfolding of the narrative of events upon which the Crown's case is based. It is argued here that the failure to call Mrs. Yebeas as a Crown witness was just such a lapse on the part of the Crown and it leaves open an alternative rational conclusion to that of Yebeas' guilt. It was argued for Yebeas in this Court that Mrs. Yebeas had a greater motive than Yebeas to commit the crime and also the opportunity. She should have been called to properly complete the narrative.

It seems to me that this argument is predicated upon pure speculation. It suggests that Mrs. Yebeas should have been called to complete the narrative of events which occurred in the town house that evening when there is no evidence whatever that she was present or possessed any knowledge of what occurred. The assumption that she had something to say to complete the narrative is not based on evidence and rests on nothing more than speculation.

What could Mrs. Yebeas add to the narrative? The whole tragic history of these children and this family was put before the court by other witnesses. The facts leading up to the dinner on February 23 were all before the court as were Mrs. Yebeas' concerns and attitudes, clearly expressed by Yebeas and the other witnesses, including medical and social welfare officials. Her only contribution to the narrative would be related to what happened after her departure from the home at 8:00 p.m. and there is no evidence, or any suggestion that she was present, when the deaths occurred and would have any knowledge on that subject. In the end, all that she could have contributed was the bald assertion that she did not kill the boys.

For the reasons given above, I would conclude that the majority of the Court of Appeal were not in error in their application of s. 613(1)(a)(i) of

à l'accusé de demander un acquittement. C'est en ce sens que l'on peut s'attendre que le ministère public cite tous les témoins essentiels à la narration des événements sur lesquels sa preuve est fondée. L'appelant soutient en l'espèce que l'omission de citer M<sup>me</sup> Yebeas à titre de témoin à charge constitue justement une telle faille de la part du ministère public et permettait d'arriver à une autre conclusion rationnelle que celle de la culpabilité de Yebeas. On a soutenu pour le compte de Yebeas devant cette Cour que M<sup>me</sup> Yebeas avait un plus grand mobile que lui pour commettre le crime et avait également eu l'occasion de le faire. Elle aurait dû être citée pour compléter comme il se doit la narration des événements.

Il me semble que cet argument est fondé sur de la pure spéculation. Il dit que M<sup>me</sup> Yebeas aurait dû être citée pour compléter la narration des événements qui se sont produits dans la maison en rangée ce soir-là alors qu'absolument aucun élément de preuve n'indique qu'elle était présente ou savait ce qui s'était produit. L'hypothèse selon laquelle M<sup>me</sup> Yebeas avait quelque chose à dire pour compléter la narration des événements n'est pas fondée sur la preuve et ne repose sur rien d'autre que la spéculation.

Qu'est-ce que M<sup>me</sup> Yebeas aurait pu ajouter à la narration des événements? Toute l'histoire tragique de ces enfants et de la famille a été présentée à la cour par d'autres témoins. Les faits qui ont abouti au souper du 23 février ont tous été présentés à la cour, ainsi que les préoccupations et les attitudes de M<sup>me</sup> Yebeas qui ont été clairement exprimées par Yebeas et les autres témoins, y compris des médecins et des travailleurs sociaux. Sa seule contribution à la narration des événements se rapporterait à ce qui s'est produit après son départ de la maison vers 20 h et il n'y a aucun élément de preuve, et rien ne laisse entendre, qu'elle était présente au moment des décès et qu'elle en aurait été au courant. En fin de compte, tout ce qu'elle aurait pu ajouter aurait été la simple affirmation qu'elle n'avait pas tué les garçons.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que la majorité en Cour d'appel n'a pas commis d'erreur dans son application du sous-al. 613(1)(a)(i)

the *Criminal Code*. They correctly applied the test in *Corbett* and I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Braidwood, Nuttall, MacKenzie, Brewer, Greyell & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: DuMoulin Black, Vancouver.*

du *Code criminel*. Elle a correctement appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Corbett* et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant: Braidwood, Nuttall, MacKenzie, Brewer, Greyell & Company, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée: DuMoulin Black, Vancouver.*

**Richard K. Telford and Margaret S. Telford**  
*Appellants*

v.

**Isaac B. Holt and Edith May Holt**  
*Respondents*

INDEXED AS: HOLT v. TELFORD

File No.: 19175.

1987: February 27, March 2; 1987: September 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Actions — Pleadings — Counter-claim and set-off — Land swap and exchange of mortgages — One of mortgages assigned hence affecting mutuality — Whether or not set-off available, either at law or equity.*

This appeal concerns a series of transactions entered into by three parties, the Telfords, the Holts and Canadian Stanley Development Ltd. The Telfords and Canadian Stanley swapped lands of equal value, each party paying the other a different cash sum and each taking back a first mortgage or a second mortgage. Canadian Stanley assigned its mortgage to the Holts, without notifying the Telfords, before the transaction closed. The Telfords were later persuaded to agree to a postponement of the Canadian Stanley mortgage resulting in the priority of that mortgage moving from second to third place on title. The Telfords only learned of the assignment after trying to tender their first payment on the mortgage and finally indicated that a court application for a discharge of the mortgage would be made. Shortly after, the Holts' solicitor demanded the payment then due, plus interest, and filed a statement of claim against the Telfords for the entire amount owing. The claim was based on a clause in the Telford mortgage which provided that upon default of any payment of the principal the whole principal would become payable. The Telfords, after they received notice of the Holts' statement of claim, paid their payment into court and then counter-claimed for a discharge of mortgage. The trial judge found that (1) the Telfords owed the Holts \$150,000, (2) there was no agreement for a set-off, and (3) the conditions for accelerating the mortgage had been met. The Court of Appeal found that there could be no set-off because the debt owed by the Telfords under the agreement for sale fell into the category of an

**Richard K. Telford et Margaret S. Telford**  
*Appelants*

c.

**a Isaac B. Holt et Edith May Holt** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: HOLT c. TELFORD

N° du greffe: 19175.

**b** 1987: 27 février, 2 mars; 1987: 17 septembre.

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

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

*Actions — Conclusions — Demande reconventionnelle et compensation — Échange de biens-fonds et d'hypothèques — Cession d'une des hypothèques touchant à la réciprocité — Possibilité d'obtenir soit la compensation en common law, soit la compensation en equity.*

Le pourvoi vise une série d'opérations intervenues entre trois parties, les Telford, les Holt et Canadian Stanley Development Ltd. Les Telford et Canadian Stanley ont échangé des biens-fonds de valeur égale. Chaque partie a versé à l'autre une somme différente en espèces et elles se sont consenti des hypothèques, de premier rang dans un cas et de deuxième rang dans l'autre. Canadian Stanley, sans en aviser les Telford, a cédé son hypothèque aux Holt avant que l'opération ne soit complétée. On a par la suite persuadé les Telford de consentir à ce que l'hypothèque Canadian Stanley soit modifiée de manière qu'elle passe du deuxième au troisième rang sur le titre de propriété. Les Telford n'ont été mis au courant de la cession qu'après avoir essayé de faire le premier paiement au titre de l'hypothèque et ils ont fini par manifester leur intention de demander à la cour la mainlevée de l'hypothèque. Peu après, l'avocat des Holt a exigé que soit effectué le versement dû à ce moment-là ainsi que les intérêts échus et a en outre produit une déclaration réclamant aux Telford le remboursement intégral de la dette. Cette réclamation était fondée sur une clause de l'hypothèque Telford qui prévoyait qu'à défaut de tout paiement à valoir sur le capital, la totalité du capital deviendrait due. Après qu'ils eurent reçu signification de la déclaration des Holt, les Telford ont consigné à la cour leur paiement puis ont demandé reconventionnellement la mainlevée de l'hypothèque. Le juge de première instance a conclu (1) que les Telford devaient aux Holt la somme de 150 000 \$, (2) qu'il n'y avait pas d'accord prévoyant la

unenforceable debt. At issue here is whether or not the Telfords have the right to set-off the debt owed to them by Canadian Stanley against the Holts' claim.

*Held:* The appeal should be allowed.

The Telfords are not entitled to legal set-off because the debts are not mutual. Equitable set-off, however, is available: the Telfords are entitled to set-off against the assignee, the Holts, a money sum which arises out of the same contract or interrelated contracts which gave rise to the assigned money sum. The provisions of the Alberta *Law of Property Act* do not preclude this result.

Set-off was not available either by agreement or at law. There was no agreement to set-off because the parties had prepared two separate mortgage documents each of which provided for payments subsequent to the Telfords' initial payment. Statutory set-off (or set-off at law) requires the fulfilment of two conditions: that both obligations be debts and that both debts be mutual cross obligations. A set-off at law was not available to the Telfords because the assignment destroyed mutuality as defined in law.

Equitable set-off is available where there is a claim for a money sum, whether liquidated or unliquidated, notwithstanding assignment. There is no requirement of mutuality. An individual could (1) set-off against the assignee a money sum which accrued and became due prior to the notice of assignment, and (2) set-off against the assignee a money sum which arose out of the same contract or series of events which gave rise to the assigned money sum or was closely connected with that contract or series of events.

The debts which the Telfords are seeking to set-off did not accrue due before their receipt of the notice of assignment and set-off, and therefore, can be effected only if the debts arise out of the same contract or closely interrelated contracts. Here, the Telfords and Canadian Stanley "swapped" parcels of land and the mortgages

compensation, et (3) qu'on avait satisfait aux conditions à remplir pour que puisse être exigé le paiement de la dette hypothécaire au complet. En Cour d'appel on a jugé qu'il ne pouvait pas y avoir de compensation parce que la dette des Telford en vertu du contrat de vente tombait dans la catégorie des dettes non exécutoires. La question en litige en l'espèce est de savoir si les Telford ont le droit d'opposer la créance qu'ils ont envers Canadian Stanley en compensation de la réclamation des Holt.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Les Telford n'ont pas droit à compensation légale parce qu'il ne s'agit pas de dettes réciproques. Ils peuvent néanmoins bénéficier d'une compensation en *equity*. En effet, il leur est loisible d'opposer en compensation aux cessionnaires, les Holt, une somme d'argent provenant du même contrat ou de contrats reliés d'où provient la somme d'argent cédée. Ce résultat n'est pas exclu par les dispositions de la *Law of Property Act* de l'Alberta.

En l'espèce, on ne peut recourir à la compensation conventionnelle ni à la compensation en *common law*. Il n'y a pas d'accord quant à la compensation parce que les parties ont préparé deux actes d'hypothèque distincts dont chacun prévoyait des paiements postérieurs au versement initial des Telford. La compensation légale (ou la compensation en *common law*) exige que soient remplies deux conditions: les deux obligations doivent être des dettes et il faut que l'une et l'autre dettes représentent des obligations réciproques. Les Telford ne peuvent obtenir la compensation en *common law* parce que la cession a eu pour effet de détruire la réciprocité telle qu'elle est définie en droit.

La compensation en *equity* peut être invoquée chaque fois qu'on réclame une somme d'argent, déterminée ou non, indépendamment de toute cession qui a pu être effectuée. Il n'y a aucune exigence de réciprocité. On peut (1) opposer en compensation au cessionnaire une somme d'argent devenue exigible antérieurement à l'avis de cession, et (2) invoquer contre le cessionnaire la compensation relativement à une somme d'argent provenant du même contrat ou de la même série d'événements que ceux d'où provient la somme d'argent cédée, ou présentant un lien étroit avec ce contrat ou cette série d'événements.

Les dettes que les Telford cherchent à compenser ne sont pas devenues exigibles avant qu'ils reçoivent l'avis de cession et, par conséquent, il ne peut y avoir compensation que si les dettes résultent du même contrat ou de contrats étroitement reliés. En l'espèce, les Telford et Canadian Stanley ont «troqué» des parcelles de terre et

formed part of the consideration for the reciprocal transfers. Given this close connection, the requirements for an equitable set-off are met.

Section 41 of the *Law of Property Act* neither creates an unenforceable debt nor extinguishes or satisfies the debt. It merely precludes the remedy by way of a personal judgment against the mortgagor on the covenant. The mortgagee may still pursue the remedy of foreclosure. Both the Telfords and Canadian Stanley, therefore, have enforceable debts. The statute may provide a different range of remedies available to an individual as compared to a corporation. Set-off, however, does not require either symmetry of remedies or of amounts.

#### Cases Cited

**Considered:** *Watson v. Mid Wales Railway Co.* (1867), L.R. 2 C.P. 593; *Newfoundland (Government of) v. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199; *In re Pinto Leite and Nephews*, [1929] 1 Ch. 221; *Business Computers Ltd. v. Anglo-African Leasing Ltd.*, [1977] 1 W.L.R. 578; *Canadian Admiral Corp. v. L. F. Dommerich & Co.*, [1964] S.C.R. 238; **distinguished:** *Edmonton Airport Hotel Co. v. Crédit Foncier Franco-Canadien*, [1965] S.C.R. 441; **referred to:** *Rehner v. Racz*, [1972] 1 W.W.R. 109; *Freeman v. Lomas* (1851), 9 Hare 109; *Atlantic Acceptance Corp. v. Burns & Dutton Construction (1962) Ltd.*, [1971] 1 W.W.R. 84; *C.I.B.C. v. Tuckerr Indust. Inc.*, [1983] 5 W.W.R. 602; *Royal Trust v. Holden* (1915), 22 D.L.R. 660; *Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd. and Tsang*, [1985] 6 W.W.R. 14; *Aboussafy v. Abacus Cities Ltd.*, [1981] 4 W.W.R. 660; *Smith v. Parkes* (1852), 16 Beav. 115; *Federal Commerce and Navigation Ltd. v. Molena Alpha Inc.*, [1978] Q.B. 927, [1978] 3 W.L.R. 309, [1978] 3 All E.R. 1066; *Hanak v. Green*, [1958] 2 Q.B. 9, [1958] 2 W.L.R. 755, [1958] 2 All E.R. 141.

#### Statutes and Regulations Cited

*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, s. 93(1).  
*Insolvent Debtors Relief Act*, 2 Geo. 2, c. 22 (U.K.)  
*Land Titles Act*, R.S.A. 1980, c. L-5, s. 150(1), (2).  
*Law of Property Act*, R.S.A. 1980, c. L-8, ss. 41(1), 43(1).  
*Set-off Act*, 8 Geo. 2, c. 24 (U.K.)  
*Supreme Court of Judicature Act, 1873*, 36 & 37 Vict., c. 66, s. 199.3 (U.K.)

les hypothèques représentaient un élément de la contrepartie des transferts réciproques. Étant donné ce lien étroit, on a satisfait aux exigences à remplir pour qu'il y ait compensation en *equity*.

<sup>a</sup> L'article 41 de la *Law of Property Act* ne crée pas une dette non exécutoire et n'a pas non plus pour effet d'éteindre ou d'acquitter la dette. Il empêche simplement d'exercer contre le débiteur hypothécaire un recours en jugement personnel fondé sur l'engagement personnel dudit débiteur. Le créancier hypothécaire peut encore exercer le recours de forclusion. Il s'ensuit donc que les Telford et Canadian Stanley ont des dettes exécutoires. Certes, la loi peut prévoir des recours différents selon qu'il s'agit d'un particulier ou d'une société.  
<sup>b</sup> Quoi qu'il en soit, ni correspondance entre les recours ni équivalence des dettes n'est requise pour qu'il y ait compensation.

#### Jurisprudence

<sup>d</sup> **Arrêts examinés:** *Watson v. Mid Wales Railway Co.* (1867), L.R. 2 C.P. 593; *Newfoundland (Government of) v. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199; *In re Pinto Leite and Nephews*, [1929] 1 Ch. 221; *Business Computers Ltd. v. Anglo-African Leasing Ltd.*, [1977] 1 W.L.R. 578; *Canadian Admiral Corp. v. L. F. Dommerich & Co.*, [1964] R.C.S. 238; **distinction d'avec l'arrêt:** *Edmonton Airport Hotel Co. v. Crédit Foncier Franco-Canadien*, [1965] R.C.S. 441; **arrêts mentionnés:** *Renner v. Racz*, [1972] 1 W.W.R. 109; *Freeman v. Lomas* (1851), 9 Hare 109; *Atlantic Acceptance Corp. v. Burns & Dutton Construction (1962) Ltd.*, [1971] 1 W.W.R. 84; *C.I.B.C. v. Tuckerr Indust. Inc.*, [1983] 5 W.W.R. 602; *Royal Trust v. Holden* (1915), 22 D.L.R. 660; *Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd. and Tsang*, [1985] 6 W.W.R. 14; *Aboussafy v. Abacus Cities Ltd.*, [1981] 4 W.W.R. 660; *Smith v. Parkes* (1852), 16 Beav. 115; *Federal Commerce and Navigation Ltd. v. Molena Alpha Inc.*, [1978] Q.B. 927, [1978] 3 W.L.R. 309, [1978] 3 All E.R. 1066; *Hanak v. Green*, [1958] 2 Q.B. 9, [1958] 2 W.L.R. 755, [1958] 2 All E.R. 141.

#### Lois et règlements cités

*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, art. 93(1).  
<sup>i</sup> *Insolvent Debtors Relief Act*, 2 Geo. 2, chap. 22 (R.-U.)  
*Land Titles Act*, R.S.A. 1980, chap. L-5, art. 150(1), (2).  
*Law of Property Act*, R.S.A. 1980, chap. L-8, art. 41(1), 43(1).  
<sup>j</sup> *Set-off Act*, 8 Geo. 2, chap. 24 (R.-U.)  
*Supreme Court of Judicature Act, 1873*, 36 & 37 Vict., chap. 66, art. 199.3 (R.-U.)

**Authors Cited**

*Halsbury's Laws of England*, vol. 42, 4th ed. London: Butterworths, 1983.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1984), 37 Alta. L.R. 399, [1985] 4 W.W.R. 573, dismissing an appeal from a judgment of Foisy J. Appeal allowed.

*D. E. Jermyn*, for the appellants.

*James P. Low*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—

1. The Facts

This appeal concerns a series of transactions entered into by three parties, the Telfords, the Holts and Canadian Stanley Development Ltd. involving contracts for the sale of land and mortgages. The appeal arises out of an action commenced by the Holts alleging default of payment on a mortgage made by the Telfords to Canadian Stanley (“the Telford mortgage”). The Holts had been assigned the Telford mortgage by Canadian Stanley to secure the balance of the purchase price of a piece of land the Holts had sold to Canadian Stanley.

The Telford mortgage arose out of a real estate trade between the Telfords and Canadian Stanley. The Telfords sold their land (a domestic residence plus 40 acres) to Canadian Stanley. Canadian Stanley sold a parcel of land to the Telfords. The purchase price for the parcel of land sold by the Telfords to Canadian Stanley was \$265,000. The purchase price for the piece of land sold by Canadian Stanley to the Telfords was also \$265,000.

The transaction between the Telfords and Canadian Stanley required Canadian Stanley to pay the Telfords \$165,000 for the Telford land and give a second mortgage back to the Telfords for \$100,000 (the “Canadian Stanley” mortgage). The Telfords were to pay Canadian Stanley \$115,000 for its parcel of land and give a first mortgage to Canadian Stanley for \$150,000. The

**Doctrine citée**

*Halsbury's Laws of England*, vol. 42, 4th ed. London: Butterworths, 1983.

<sup>a</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1984), 37 Alta. L.R. 399, [1985] 4 W.W.R. 573, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Foisy. Pourvoi accueilli.

<sup>b</sup> *D. E. Jermyn*, pour les appelants.

*James P. Low*, pour les intimés.

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

LE JUGE WILSON—

1. Les faits

<sup>d</sup> Ce pourvoi vise une série d'opérations intervenues entre trois parties, les Telford, les Holt et Canadian Stanley Development Ltd., comportant des contrats de vente de biens-fonds et des hypothèques. Le pourvoi tire son origine d'une action intentée par les Holt alléguant défaut de paiement <sup>e</sup> relativement à une hypothèque consentie par les Telford en faveur de Canadian Stanley («l'hypothèque Telford»). Canadian Stanley avait cédé aux Holt l'hypothèque Telford pour garantir le solde <sup>f</sup> du prix d'une parcelle de terrain que les Holt avaient vendue à Canadian Stanley.

L'hypothèque Telford provient d'un échange de biens-fonds entre les Telford et Canadian Stanley. <sup>g</sup> Les Telford ont vendu leur bien-fonds (une résidence et 40 acres de terrain) à Canadian Stanley. Canadian Stanley a vendu une parcelle de terrain aux Telford. Le prix de la parcelle de terrain que les Telford ont vendue à Canadian Stanley était de <sup>h</sup> 265 000 \$. Le prix de la parcelle de terrain que Canadian Stanley a vendue aux Telford était également de 265 000 \$.

<sup>i</sup> Aux termes de l'opération entre les Telford et Canadian Stanley, celle-ci devait verser aux Telford 165 000 \$ pour le bien-fonds Telford et consentir une hypothèque de deuxième rang en faveur des Telford au montant de 100 000 \$ (l'hypothèque «Canadian Stanley»). Les Telford devaient <sup>j</sup> verser à Canadian Stanley 115 000 \$ pour sa parcelle de terrain et lui consentir une hypothèque de



net effect of the combined transaction was that on closing Canadian Stanley would pay the Telfords \$50,000 which the Telfords would use for the purpose of financing the construction of a residence on their new land. The closing date was October 1, 1980.

The transaction between the Telfords and Canadian Stanley was closed effective October 1, 1980 by payment by Canadian Stanley to the Telfords of \$47,885.93 and the execution and delivery of the Telford mortgage and the Canadian Stanley mortgage. The payment of \$47,885.93 by Canadian Stanley was arrived at by subtracting the down payment owed by the Telfords (\$115,000) from the down payment owed by Canadian Stanley (\$165,000) plus adjustments.

The interest rate on both mortgages was the same, i.e., 14.75%. The last two payments on each mortgage were also the same both as to amount and time of payment. Each mortgagor had to pay \$50,000 plus accrued interest on July 31, 1981 and \$50,000 plus accrued interest on January 31, 1982. The only difference was that the Telfords also had to pay \$50,000 plus interest on January 31, 1981.

On September 26, 1980 Canadian Stanley assigned the Telford mortgage to the Hols. The Telfords were not notified of this assignment. On November 5, 1980 the Telfords met with Mr. Outhwaite, the Principal Officer and Manager of Canadian Stanley. No mention was made of the assignment of the Telford mortgage. Mr. Outhwaite persuaded the Telfords to agree to a postponement of the Canadian Stanley mortgage. The postponement did not affect the date of payment. It did change the order of priority. The effect of the postponement was that the Canadian Stanley mortgage moved from a second position to a third position on the title to the Telford land.

On November 13, 1980 the Telfords tendered the first payment of \$50,886.60 on the Telford mortgage. As is apparent, this tendering occurred well before the agreed January 31, 1981 due date for the first payment. The payment of \$50,886.60

150 000 \$. L'opération complète devait avoir comme résultat que, au moment de la signature, Canadian Stanley verserait aux Telford la somme de 50 000 \$ que ceux-ci utiliseraient pour financer la construction d'une résidence sur leur nouveau terrain. La date de signature était le 1<sup>er</sup> octobre 1980.

L'opération entre les Telford et Canadian Stanley a été complétée le 1<sup>er</sup> octobre 1980 par le paiement aux Telford par Canadian Stanley de la somme de 47 885,93 \$ et la signature et la remise de l'hypothèque Telford et de l'hypothèque Canadian Stanley. On est arrivé au montant du paiement de 47 885,93 \$ par Canadian Stanley en soustrayant de l'acompte de 165 000 \$ dû par Canadian Stanley l'acompte de 115 000 \$ dû par les Telford et les rajustements.

Les deux hypothèques portaient le même taux d'intérêt, soit 14,75 %. Les deux derniers paiements relativement à chaque hypothèque étaient également les mêmes quant à leur montant et à leur date. Chaque débiteur devait payer 50 000 \$ plus les intérêts accumulés le 31 juillet 1981, et 50 000 \$ plus les intérêts accumulés le 31 janvier 1982. La seule différence était que les Telford devaient également payer 50 000 \$ plus les intérêts le 31 janvier 1981.

Le 26 septembre 1980, Canadian Stanley a cédé aux Holt l'hypothèque Telford. Les Telford n'ont pas été avisés de cette cession. Le 5 novembre 1980, les Telford ont rencontré M. Outhwaite, le président et directeur général de Canadian Stanley. Aucune mention n'a été faite de la cession de l'hypothèque Telford. Monsieur Outhwaite a persuadé les Telford de consentir à une modification de l'hypothèque Canadian Stanley. La modification n'avait rien à voir avec la date du paiement. Elle changeait le rang de l'hypothèque. Elle avait pour effet que l'hypothèque Canadian Stanley passait du deuxième au troisième rang sur le titre de propriété du bien-fonds Telford.

Le 13 novembre 1980, les Telford ont versé le premier paiement de 50 886,60 \$ relativement à l'hypothèque Telford. Cette offre, on le voit, est bien antérieure au 31 janvier 1981, date d'exigibilité convenue du premier paiement. Le paiement

was forwarded to Canadian Stanley's solicitor, Beaumont Proctor, along with a letter which stated:

I am enclosing herewith my cheque in the amount of \$50,886.60 being the amount required to payout and discharge your clients mortgage on the property. The balance of the \$150,000.00 is being offset by the amount owing on your clients mortgage to my client.

The monies are sent in trust that you forward to my office a registerable discharge of mortgage and the duplicate registered mortgage for which I will in turn forward to you a discharge of mortgage for my clients mortgage on your clients property.

On December 1, 1980 Beaumont Proctor returned the \$50,886.60 to the Telfords' solicitor informing him that they were no longer acting for Canadian Stanley. The firm of Eden and Pirie was now acting for Canadian Stanley. The Telfords' solicitor forwarded the \$50,886.60 to Eden and Pirie with the same trust conditions attached as previously.

In a letter dated December 16, 1980 Eden and Pirie informed the Telfords' solicitor that the Telford mortgage had been assigned to the Holts. Various negotiations ensued. On January 29, 1981 the Telfords' solicitor indicated that if the matter was not resolved by February 6, 1981 he would proceed with a court application for a discharge of the mortgage. On February 2, 1981 the Telfords, for the first time, heard from the representatives of the Holts. The Holts' solicitor demanded the payment of the \$50,000 plus accrued interest. The Telfords' solicitor asked Eden and Pirie to return the \$50,886.60. The funds were refunded on or about February 19, 1981.

The Holts filed a Statement of Claim against the Telfords on March 13, 1981 for \$150,000 plus interest. Their claim for the entire amount was based on clause 3 of the Telford mortgage which provided that upon default of any payment of the principal the whole principal would become payable as if the time frame stipulated for the payment of such principal had expired.

de 50 886,60 \$ a été expédié aux procureurs de Canadian Stanley, Beaumont Proctor, accompagné d'une lettre dont voici le texte:

[TRADUCTION] Veuillez trouver sous pli mon chèque de 50 886,60 \$ représentant le montant requis pour payer et solder l'hypothèque de votre client sur la propriété. Le solde de 150 000 \$ est compensé par le montant dû à mon client relativement à l'hypothèque que lui a consentie votre client.

Je vous expédie cette somme, étant entendu que vous me ferez parvenir une mainlevée de l'hypothèque acceptable pour l'enregistrement et le duplicata de l'hypothèque enregistrée; je vous ferai alors parvenir une mainlevée relativement à l'hypothèque que mon client détient sur la propriété de votre client.

Le 1<sup>er</sup> décembre 1980, Beaumont Proctor ont retourné les 50 886,60 \$ au procureur des Telford l'informant qu'ils ne représentaient plus Canadian Stanley. C'était maintenant le cabinet Eden et Pirie qui la représentait. Le procureur des Telford a fait tenir les 50 886,60 \$ à Eden et Pirie, leur communiquant les mêmes conditions.

Par lettre en date du 16 décembre 1980, Eden et Pirie ont informé le procureur des Telford que l'hypothèque Telford avait été cédée aux Holt. Différentes négociations ont suivi. Le 29 janvier 1981, le procureur des Telford a indiqué que si l'affaire n'était pas réglée le 6 février 1981, il demanderait une mainlevée judiciaire d'hypothèque. Le 2 février 1981, les Telford ont pour la première fois entendu parler des représentants des Holt. Le procureur des Holt a exigé le paiement de 50 000 \$ plus les intérêts accumulés. Le procureur des Telford a demandé à Eden et Pirie de lui retourner les 50 886 60 \$. La somme a été retournée le 19 février 1981 ou vers cette date.

Les Holt ont produit une déclaration le 13 mars 1981 réclamant aux Telford la somme de 150 000 \$ plus les intérêts. Leur réclamation du montant au complet était fondée sur la clause 3 de l'hypothèque Telford qui prévoyait qu'en cas de défaut de paiement à valoir sur le capital, tout le capital deviendrait dû comme si le délai stipulé pour son paiement était expiré.

After the Telfords received notice of the Holts' statement of claim they paid the \$50,886.60 into court.

## 2. The Courts Below

### (1) *The Trial*

The Holts in their statement of claim asked for the total amount due under the assigned mortgage—\$157,375. The Telfords' counter-claim stated that, having paid the \$50,000 plus interest into court, they were entitled to a discharge of the mortgage. The trial judge decided that the Telfords owed the Holts \$150,000 plus interest. He made an order for sale with a redemption period of one year.

The trial judge held that no notice of the transfer of mortgage was given to the Telfords as required by s. 150(2) of the *Land Titles Act*, R.S.A. 1980, c. L-5, until the statement of claim was served in the action in March of 1981 and that the Holts therefore took the mortgage subject to the state of accounts existing between the Telfords and Canadian Stanley as of the date of service of the notice. He then considered whether there was a right of set-off in existence at that time. First, he concluded that there was no agreement to set-off between the Telfords and Canadian Stanley. In reaching this conclusion he considered the oral evidence of the events leading up to the execution of the mortgage and subsequent documentation. He found that the Telfords believed that, after payment of the sum of \$50,000 plus interest due on January 31, 1981, the remaining payments due on the Telford and Canadian Stanley mortgages would set each other off. However, the documents in the two transactions were not drafted so as to provide for a set-off. Each mortgage provided for two payments subsequent to the January 31, 1981 payment. A right of set-off does not arise until the debt or payment on each mortgage becomes due and payable. It follows that there was no enforceable agreement to set-off between the parties.

Further, the Telford mortgage was made by the Telfords in their personal capacity as mortgagors and, pursuant to the *Law of Property Act*, R.S.A.

Après qu'ils eurent reçu signification de la déclaration des Holt, les Telford ont consigné les 50 886,60 \$ auprès de la cour.

## 2. Les tribunaux d'instance inférieure

### (1) *La cour de première instance*

Dans leur déclaration, les Holt ont réclamé le montant total dû en vertu de l'hypothèque cédée, soit 157 375 \$. La demande reconventionnelle des Telford allègue que, comme ils ont consigné les 50 000 \$ et les intérêts auprès de la cour, ils ont droit à une mainlevée de l'hypothèque. Le juge de première instance a décidé que les Telford devaient aux Holt 150 000 \$ plus les intérêts. Il a prononcé une ordonnance de vente assortie d'une période de rachat d'un an.

Le juge de première instance a conclu qu'aucun avis de la cession d'hypothèque n'avait été donné aux Telford, comme l'exige le par. 150(2) de la *Land Titles Act*, R.S.A. 1980, chap. L-5, avant la signification de déclaration en mars 1981 et que les Holt ont donc pris l'hypothèque sous réserve de l'état de comptes entre les Telford et Canadian Stanley à la date de signification de l'avis. Il s'est alors demandé s'il existait un droit de compensation à cette date-là. Il a d'abord conclu qu'il n'y avait, entre les Telford et Canadian Stanley, aucun accord de compensation. Il a tiré cette conclusion après avoir examiné les témoignages relatifs aux événements qui ont mené à la signature de l'hypothèque et des documents ultérieurs. Il a constaté que les Telford croyaient que, après le paiement de la somme de 50 000 \$ et des intérêts dus le 31 janvier 1981, les paiements restant dus relativement aux hypothèques Telford et Canadian Stanley se compenseraient. Cependant, les documents constatant les deux opérations n'avaient pas été rédigés de manière à prévoir une compensation. Chaque hypothèque prévoyait deux paiements après celui du 31 janvier 1981. Il n'y a aucun droit de compensation tant que la dette ou le paiement relativement à chaque hypothèque n'est pas devenu exigible. Il n'y avait donc entre les parties aucun accord exécutoire de compensation.

En outre, les Telford ont consenti l'hypothèque Telford à titre personnel en tant que de débiteurs hypothécaires et, conformément à la *Law of Pro-*

1980, c. L-8, s. 41(1), the personal covenant is not enforceable as a debt against them. The Canadian Stanley mortgage on the other hand is a mortgage made by a corporation and the personal covenant is enforceable as a debt against the corporation when such debt becomes due and payable under s. 43(1) of the *Law of Property Act*. The fact that there never was any enforceable debt against the Telfords would, in the trial judge's view, preclude any right of set-off in law.

The trial judge found the Holts' claim for \$150,000 plus interest well-founded. Clause 3 of the Telford mortgage provided that on default of payment of the principal or interest or any money thereby secured, the whole principal should become payable as if the time frame stipulated for the payment of such principal had expired. The Telfords made a conditional payment in advance of the due date for such payment. The condition attached was that a registerable discharge of the mortgage would be forwarded to the Telfords. Since this condition was never met, payment was not made and the Holts were free to accelerate payment of the entire mortgage.

(2) *The Alberta Court of Appeal*

*Lieberman J.A. (for the majority)*

The majority stated that the issue on the appeal was not whether there was an agreement for a set-off but whether in the circumstances of this case there could be a set-off between the mortgages in question. This issue was governed by the earlier decision of the Alberta Court of Appeal in *Renner v. Racz*, [1972] 1 W.W.R. 109. For a court to direct the set-off of one debt against another, both debts must be enforceable by action at the time the set-off is directed.

The debt owed by the Telfords under the agreement for sale fell into the category of an unenforceable debt. This was how a mortgage debt was characterized by the Supreme Court of Canada in *Edmonton Airport Hotel Co. v. Crédit Foncier Franco-Canadien*, [1965] S.C.R. 441. Therefore, the Telfords' claim for set-off could not succeed.

*erty Act*, R.S.A. 1980, chap. L-8, par. 41(1), l'engagement personnel n'est pas exécutoire comme une dette contre eux. L'hypothèque Canadian Stanley par contre est une hypothèque consentie par une société et l'engagement personnel est exécutoire comme une dette contre elle lorsque cette dette devient exigible en vertu du par. 43(1) de la *Law of Property Act*. L'absence de toute dette exécutoire contre les Telford exclut, selon le juge de première instance, tout droit de compensation en *common law*.

Le juge de première instance a conclu au bien-fondé de la réclamation de 150 000 \$ plus les intérêts présentée par les Holt. La clause 3 de l'hypothèque Telford stipulait qu'en cas de défaut de paiement à valoir sur le capital, de l'intérêt ou de toute somme garantie par l'hypothèque, tout le capital deviendrait dû comme si le délai stipulé pour son paiement était expiré. Les Telford ont fait un paiement avant la date de son échéance, assorti de la condition qu'une mainlevée de l'hypothèque enregistrable leur soit expédiée. Comme cette condition n'a jamais été remplie, le paiement n'a pas été fait et les Holt pouvaient exiger le paiement de l'hypothèque au complet.

(2) *La Cour d'appel de l'Alberta*

*Le juge Lieberman (pour la majorité)*

Suivant la majorité, la question litigieuse n'était pas de savoir s'il existait un accord de compensation, mais bien de savoir si, dans les circonstances, la compensation entre les hypothèques en cause était possible. Cette question est régie par l'arrêt antérieur de la Cour d'appel de l'Alberta *Renner v. Racz*, [1972] 1 W.W.R. 109. Une cour n'ordonnera la compensation d'une dette par une autre que si les deux dettes sont exécutoires par voie d'action au moment où la compensation est ordonnée.

La dette des Telford en vertu du contrat de vente tombait dans la catégorie de celles qui ne sont pas exécutoires. C'est ainsi que la Cour suprême du Canada a qualifié une dette hypothécaire dans l'arrêt *Edmonton Airport Hotel Co. v. Crédit Foncier Franco-Canadien*, [1965] R.C.S. 441. Par conséquent, la demande de compensation des Telford ne pouvait réussir.

*Kerans J.A. (dissenting)*

Kerans J.A. followed the dissenting judgment in *Renner*. He agreed that a debtor cannot set-off an unenforceable debt of his creditor against a debt of his to the creditor which the creditor can enforce. This would be to permit the debtor to, in effect, enforce his unenforceable debt. But Kerans J.A. held that the converse was not true. A creditor who could enforce his debt should be allowed to set it off against a debt owing by him which he could not be forced to pay by personal action. Kerans J.A. found that that was the situation here.

3. The Issue

It is not disputed that under the provisions of the Telford mortgage the Telfords owe the Holts \$150,000 plus interest. The Telfords submit, however, that they have the right to set-off the debt owed to them by Canadian Stanley against the Holts' claim. Their first argument is that the parties agreed to create a right of set-off. Agreement, express or implied, may confer such a right: see *Freeman v. Lomas* (1851), 9 Hare 109, at p. 114. Whether there is agreement or not is, however, a matter of evidence. The trial judge concluded that there was no such agreement in this case. He said:

What then was the state of accounts as it existed as at the date of service of the statement of claim? Was there in fact a right of set-off in existence as at that time? Assuming that the oral evidence adduced as to what transpired prior to the execution of Exhibit 18 [the agreement of sale of the Telford land] and subsequent documentation, does not offend the Parol Evidence Rule, a point which was not brought up nor argued, I am of the view that there was not such a right of set-off and that the plaintiffs should succeed.

There is no doubt that the defendants believed that after payment of the sum of \$50,000 plus interest due on January 31st, 1981, the remaining payments due under Exhibits 7 [Telford mortgage] and 17 [Canadian Stanley mortgage] would set each other off. This result they felt would be a logical consequence of the two transactions in question.

However, the documents on the two transactions were drafted in such a way that it was never certain that a

*Le juge Kerans (dissident)*

Le juge Kerans a suivi les motifs de la dissidence dans l'arrêt *Renner*. Il reconnaît qu'un débiteur ne peut compenser une dette exécutoire qu'il a envers son créancier par une créance non exécutoire qu'il a contre ce même créancier. Ce serait en fait permettre au débiteur d'exécuter sa créance non exécutoire. Mais, a-t-il conclu, la proposition inverse n'est pas vraie. Un créancier qui peut exécuter sa créance doit pouvoir la compenser par sa dette lorsqu'il s'agit d'une dette qu'on ne peut le forcer à payer au moyen d'une action personnelle. Le juge Kerans a estimé que c'était la situation en l'espèce.

3. La question en litige

On ne conteste pas que, en vertu des dispositions de l'hypothèque Telford, les Telford doivent aux Holt 150 000 \$ plus les intérêts. Les Telford prétendent cependant qu'ils ont le droit de compenser la créance qu'ils ont envers Canadian Stanley avec la réclamation des Holt. Comme premier argument, ils avancent que les parties ont convenu de créer un droit de compensation. Une convention, expresse ou implicite, peut conférer ce droit: voir *Freeman v. Lomas* (1851), 9 Hare 109, à la p. 114. Déterminer s'il y a eu accord sur ce point est cependant une question de preuve. Le juge de première instance a conclu que cet accord n'existait pas. Il a dit:

[TRADUCTION] Quel était alors l'état des comptes au moment de la signification de la déclaration? Existait-il en fait un droit de compensation à ce moment-là? Prenant pour acquis que les témoignages sur ce qui s'est passé avant la signature de la pièce 18 [le contrat de vente du bien-fonds Telford] et des documents ultérieurs ne contrevennent pas à la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque, point qui n'a pas été soulevé ni débattu, j'estime que ce droit de compensation n'existait pas et que les demandeurs doivent avoir gain de cause.

Il ne fait aucun doute que les défendeurs croyaient que, après le paiement de la somme de 50 000 \$ et des intérêts dus le 31 janvier 1981, les paiements restant dus en vertu des pièces 7 [l'hypothèque Telford] et 17 [l'hypothèque Canadian Stanley] se compenseraient. Ce résultat, estimaient-ils, serait une conséquence logique des deux opérations en cause.

Cependant, les documents constatant les deux opérations ont été rédigés d'une telle manière que l'on n'a

right or [*sic*] set-off would or could arise. A number of contingencies could possibly arise before the right of set-off if any ever existed could be triggered. Firstly, the right of set-off does not arise until the debt or payment on each mortgage becomes due and payable. This was not to occur until firstly the \$50,000 payment plus interest due on Exhibit 7 on the 31st of January, 1981 had been paid and secondly, until each of the payments for \$50,000 plus interest on each mortgage due July 31st, 1981 and January 31st, 1982 had become due, and this is assuming no intervening factors such as an assignment of either Exhibit 7 or Exhibit 17 with proper notice or seizure under a writ or other such type of event would occur.

The Alberta Court of Appeal stated that whether there was an agreement to set-off was not at issue on the appeal. The Telfords testified that on an occasion prior to the execution of the documents and an occasion subsequent to the execution of the documents Canadian Stanley orally agreed that upon the payment by the Telfords of \$50,000 the mortgages would be off-set. This testimony was extremely sketchy. The written agreement, on the other hand, is clear. The parties did not prepare a simple straightforward mortgage from the Telfords to Canadian Stanley for \$50,000. Instead, they prepared two separate mortgage documents each of which provided for payments subsequent to the Telfords' payment of \$50,000. In these circumstances I think the trial judge was correct in finding that there was no agreement to set-off.

In the absence of such an agreement the Telfords must demonstrate that they have a right of set-off at law or a right of set-off in equity.

#### (1) *Set-off at Law*

Set-off at law originally arose from two statutes: the *Insolvent Debtors Relief Act*, 2 Geo. 2, c. 22 (U.K.), and the *Set-off Act*, 8 Geo. 2, c. 24 (U.K.) These statutes were repealed but their effect was preserved in subsequent legislation. In the Rules promulgated under the *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, 36 & 37 Vict., c. 66 (U.K.), the following was included:

jamais su avec certitude si un droit de compensation naîtrait ou pourrait naître. Plusieurs éventualités pourraient se présenter avant que le droit de compensation, s'il a déjà existé, puisse être déclenché. Premièrement, le droit de compensation ne prend naissance que lorsque la dette ou le paiement relativement à chaque hypothèque devient exigible. Cela ne devait pas se produire avant, premièrement, que le paiement de 50 000 \$ plus les intérêts dû en vertu de la pièce 7 le 31 janvier 1981 n'ait été versé, ni avant, deuxièmement, que chacun des paiements de 50 000 \$ plus les intérêts relativement à chaque hypothèque dû les 31 juillet 1981 et 31 janvier 1982, ne soit devenu exigible, et cela sous-entend l'absence de facteurs comme une cession soit de la pièce 7, soit de la pièce 17, accompagnée de l'avis requis, ou une saisie en vertu d'un bref ou un autre événement de ce genre.

La Cour d'appel de l'Alberta a dit que la question de l'existence d'un accord de compensation ne se posait pas devant elle. Les Telford ont témoigné qu'une fois, avant la signature des documents, et une autre fois, après cette signature, Canadian Stanley a reconnu verbalement que, lorsqu'ils feraient le paiement de 50 000 \$, les hypothèques seraient compensées. Ce témoignage était très sommaire. L'accord écrit, d'autre part, est clair. Les parties ne se sont pas contentées d'une simple hypothèque de 50 000 \$ consentie par les Telford à Canadian Stanley. Elles ont plutôt préparé deux actes d'hypothèque distincts dont chacun prévoyait des paiements postérieurs au paiement de 50 000 \$ par les Telford. Dans ces circonstances, je crois que le juge de première instance a eu raison de conclure qu'il n'existait aucun accord de compensation.

En l'absence d'un pareil accord, les Telford doivent démontrer qu'ils ont un droit à la compensation en *common law* ou en *equity*.

#### (1) *La compensation en common law*

La compensation en *common law* tire son origine de deux lois: l'*Insolvent Debtors Relief Act*, 2 Geo. 2, chap. 22 (R.-U.) et la *Set-off Act*, 8 Geo. 2, chap. 24 (R.-U.) Ces lois ont été abrogées, mais leur effet a été maintenu dans des lois subséquentes. Les règles promulguées en vertu de la *Supreme Court of Judicature Act, 1873*, 36 & 37 Vict., chap. 66 (R.-U.), contiennent la disposition suivante:

199.3 A defendant in an action may set-off, or set up by way of counterclaim against the claims of the plaintiff, any right or claim, whether such set-off or counterclaim sound in damages or not, and such set-off or counterclaim shall have the same effect as a cross-action, so as to enable the Court to pronounce a final judgment in the same action, both on the original and on the cross-claim. But the Court or a Judge may, on the application of the plaintiff before trial, if in the opinion of the Court or Judge such set-off or counterclaim cannot be conveniently disposed of in the pending action, or ought not to be allowed, refuse permission to the defendant to avail himself thereof.

In Alberta the relevant provisions are found in the *Alberta Rules of Court*. Rule 93 of the *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, reads as follows:

93. (1) A defendant may by way of counterclaim against the plaintiff's claim or cause of action set up any claim or cause of action by the defendant either against the plaintiff alone or one or more of several plaintiffs or against the plaintiff and another person whether a party to the action or not.

(2) All matters which might be pleaded by way of set-off shall if it is desired to set the same up in the action, be pleaded by way of counterclaim.

(3) A counterclaim has the same effect as a cross-action so as to enable the court to pronounce a final judgment in the same action both on the original and on the counterclaim.

(4) The counterclaim shall be conjoined and pleaded with the statement of defence.

(5) A defence to counterclaim shall be conjoined and pleaded with the reply.

The Alberta Court of Appeal discussed the relevant Alberta legislation in *Atlantic Acceptance Corp. v. Burns & Dutton Construction (1962) Ltd.*, [1971] 1 W.W.R. 84. At page 90 Allen J.A. stated:

Rule 95 contains provision enabling the court to direct a counterclaim to be excluded or tried separately if it cannot be conveniently disposed of in the same action.

[TRADUCTION] 199.3 Le défendeur dans une action peut opposer à titre de compensation, ou faire valoir par voie de demande reconventionnelle contre la réclamation du demandeur, tout droit ou réclamation, que cette compensation ou demande reconventionnelle soit reliée ou non à l'obtention de dommages-intérêts, et la compensation ou demande reconventionnelle aura le même effet qu'une action incidente, de sorte que la cour pourra prononcer un jugement définitif dans la même action, tant sur la réclamation initiale que sur la réclamation incidente. Cependant, la cour ou un juge peut, sur requête du demandeur avant l'audience sur le fond, si à leur avis on ne peut statuer commodément sur la demande de compensation ou la demande reconventionnelle dans l'action en cours, ou qu'on ne saurait y faire droit, refuser au défendeur l'autorisation de se prévaloir de ce moyen.

En Alberta, les dispositions pertinentes se trouvent dans les *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, dont voici la règle 93:

[TRADUCTION] 93. (1) Le défendeur peut, par voie de demande reconventionnelle visant ici la réclamation ou la cause d'action du demandeur, faire valoir toute réclamation ou cause d'action qu'il a soit contre le demandeur seul, soit contre un ou plusieurs demandeurs, soit contre le demandeur et une autre personne, même si elle n'est pas partie à l'action.

(2) Toutes les choses qui peuvent être invoquées par voie de compensation doivent, si on veut les faire valoir dans l'action, être invoquées par voie de demande reconventionnelle.

(3) Une demande reconventionnelle a le même effet qu'une action incidente, de sorte que la cour peut prononcer un jugement définitif dans la même action tant sur la demande initiale que sur la demande reconventionnelle.

(4) La demande reconventionnelle doit être présentée et plaidée en même temps que la défense.

(5) La défense à la demande reconventionnelle doit être présentée et plaidée en même temps que la réponse.

La Cour d'appel de l'Alberta a analysé les lois albertaines pertinentes dans l'arrêt *Atlantic Acceptance Corp. v. Burns & Dutton Construction (1962) Ltd.*, [1971] 1 W.W.R. 84. Le juge Allen dit, à la p. 90:

[TRADUCTION] La règle 95 contient des dispositions qui donnent à la cour le pouvoir d'ordonner l'exclusion ou l'instruction séparée d'une demande reconvention-

Thus it would appear that there are no essential differences in principle between the English R. 199.3 quoted above and our Rules dealing with the same subject matter.

It would therefore seem that decisions of English courts on the question of enforceability of claims sought to be set off by a defendant against a claim of a plaintiff may still be helpful in resolving the problems faced in this case and in dealing with the first question propounded above we find some assistance from certain cases to which I will now refer.

The English common law interpretation of the statutory right of set-off is neatly summarized in *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 42, para. 421:

**421. Nature of the right.** The right conferred by the Statutes of Set-Off was a right to set off mutual debts arising from transactions of a different nature which could be ascertained with certainty at the time of pleading. Thus, no legal set-off could exist against a claim which sounded in damages, nor could a claim which sounded in damages be set off at law against a plaintiff's claim. The fact that a claim was framed in damages precluded the raising of a set-off at law, notwithstanding that the claim might have been differently framed in a way which would have permitted such a set-off. Where a claim for a liquidated debt was joined by a plaintiff with a claim for damages, set-off at law might only be pleaded in defence to the former claim. Set-off at law operates as a defence.

Thus, as was stated by the British Columbia Court of Appeal in *C.I.B.C. v. Tuckerr Indust. Inc.*, [1983] 5 W.W.R. 602, at p. 604, statutory set-off (or set-off at law) "requires the fulfilment of two conditions. The first is that both obligations must be debts. The second is that both debts must be mutual cross obligations." The claim in this case is a debt. The major hurdle the appellant faces is the requirement of "mutuality".

nelle si elle ne peut pas commodément être tranchée dans la même action. Il paraît donc n'y avoir aucune différence en principe entre la règle anglaise 199.3 déjà citée et nos règles portant sur le même sujet.

<sup>a</sup> Il semble en conséquence que les décisions des tribunaux anglais sur la question du caractère exécutoire de réclamations qu'un défendeur cherche à opposer en compensation d'une réclamation d'un demandeur peuvent encore être utiles pour résoudre les problèmes en l'espèce, et certaines décisions, auxquelles je me reporte maintenant, nous fournissent une certaine aide dans l'examen de la première question posée ci-dessus.

<sup>c</sup> L'interprétation que donne la *common law* anglaise au droit de compensation découlant de la loi est bien résumée dans *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 42, par. 421:

[TRADUCTION] **421. Nature du droit.** Ce que conféraient les lois relatives à la compensation était un droit de compenser des dettes réciproques résultant d'opérations de caractère différent et pouvant être déterminées avec certitude au moment où la compensation est invoquée. Ainsi, pas plus que la compensation légale ne pouvait être opposée à une demande en dommages-intérêts, pas plus une réclamation de dommages-intérêts ne pouvait en *common law* être opposée en compensation de la réclamation d'un demandeur. Le fait qu'il s'agissait d'une réclamation de dommages-intérêts venait empêcher que la compensation soit soulevée en *common law*, et ce, même si la réclamation eût pu être formulée différemment de manière à permettre la compensation. Lorsqu'un demandeur présentait une réclamation de dommages-intérêts accompagnée d'une réclamation de paiement d'une dette déterminée, la compensation en *common law* ne pouvait être opposée qu'à cette dernière réclamation. La compensation en *common law* constitue un moyen de défense.

<sup>h</sup> Donc, comme l'a dit la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *C.I.B.C. v. Tuckerr Indust. Inc.*, [1983] 5 W.W.R. 602, à la p. 604, la compensation légale (ou la compensation en *common law*) [TRADUCTION] «exige que soient remplies deux conditions. En premier lieu, les deux obligations doivent être des dettes. En deuxième lieu, il faut que l'une et l'autre dettes représentent des obligations réciproques.» Or, la réclamation en l'espèce porte sur une dette. Par conséquent, l'obstacle principal du point de vue de l'appellant est l'exigence de «réciprocité».



How has this mutuality requirement been interpreted by the courts? In *Royal Trust v. Holden* (1915), 22 D.L.R. 660 (B.C.C.A.), the British Columbia Court of Appeal discussed the meaning of the phrase "mutual debts" at pp. 662-63:

The expression "mutual debts" is somewhat hard to understand according to the old cases, but when we see in the ancient and approved form of plea given in *Bullen v. Leake*, 3rd. ed., 682, viz.:—

That the plaintiff, at the commencement of the suit was and still is indebted to the defendant in an amount equal to the plaintiff's claim . . .

we are relieved to find that "mutual debts" mean practically debts due from either party to the other for liquidated sums, or money demands which can be ascertained with certainty at the time of pleading—*per* Kennedy, L.J., in *Bennett v. White*, [1910] 2 K.B. at 648, 79 L.J.K.B. 1133.

It seems that under this definition any assignment would destroy mutuality and hence destroy the possibility of set-off at law. This was the view taken by the British Columbia Court of Appeal in *Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd. and Tsang*, [1985] 6 W.W.R. 14, at pp. 28-29:

None of the authorities cited by the appellant is applicable to the case before us and none of them detracts in any way from the authority of the *Nfld.* case. Each of them is an example of a set-off at law. In such cases the assignment of a debt prevents fulfilment of the requirement that the debts sought to be set off against each other must be mutual. Once a debt is assigned, it is owed to a third party and the debts are no longer mutual cross-claims: see *C.I.B.C. v. Tuckerr Indust. Inc.*, 46 B.C.L.R. 8, [1983] 5 W.W.R. 602 at 605, 48 C.B.R. (N.S.) 1, 149 D.L.R. (3d) 172 (C.A.).

Since there was an assignment in this case, it appears that a set-off at law is not available to the Telfords. It is necessary, therefore, to decide whether a set-off is available in equity.

## (2) *Set-off in Equity*

The distinction between set-off at law and set-off in equity was canvassed by the British

Comment les tribunaux ont-ils interprété cette exigence de réciprocité? Dans l'arrêt *Royal Trust v. Holden* (1915), 22 D.L.R. 660 (C.A.C.-B.), aux pp. 662 et 663, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a traité du sens de l'expression «dettes réciproques»:

[TRADUCTION] Dans la jurisprudence ancienne, l'expression «dettes réciproques» se présente comme plutôt obscure, mais lorsque nous constatons dans la forme ancienne et approuvée du moyen de défense, énoncée par *Bullen v. Leake*, 3rd. ed., à la p. 682,

que le demandeur avait au commencement de l'action et a encore envers le défendeur une dette égale à la somme qu'il réclame,

cela nous soulage d'apprendre que l'expression «dettes réciproques» désigne en pratique soit des dettes d'une partie envers l'autre consistant en des sommes déterminées, soit des réclamations de sommes d'argent pouvant être déterminées avec certitude au moment de la procédure—le lord juge Kennedy, dans l'affaire *Bennett v. White*, [1910] 2 K.B., à la p. 648, 79 L.J.K.B. 1133.

Il semble, selon cette définition, que toute cession détruirait la réciprocité et, en même temps, toute possibilité de compensation en *common law*. C'est le point de vue adopté par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd. and Tsang*, [1985] 6 W.W.R. 14, aux pp. 28 et 29:

[TRADUCTION] Aucun précédent cité par l'appelante ne s'applique en l'espèce ni n'affaiblit de quelque manière l'autorité de l'arrêt *Nfld.* Chacun de ces précédents est un exemple de la compensation en *common law*. Dans de tels cas la cession d'une dette empêche que soit remplie l'exigence de la réciprocité des dettes qu'on veut voir compensées. Du moment qu'une créance est cédée, le créancier se trouve être un tiers, de sorte que les dettes perdent leur caractère de réciprocité: voir *C.I.B.C. v. Tuckerr Indust. Inc.*, 46 B.C.L.R. 8, [1983] 5 W.W.R. 602, à la p. 605, 48 C.B.R. (N.S.) 1, 149 D.L.R. (3d) 172 (C.A.)

Comme il y a eu cession en l'espèce, les Telford ne peuvent bénéficier de la compensation en *common law*. On doit donc décider s'ils peuvent invoquer la compensation en *equity*.

## (2) *La compensation en equity*

La distinction entre la compensation en *common law* et la compensation en *equity* a été étudiée par

Columbia Court of Appeal in *C.I.B.C. v. Tuckerr Indust. Inc.*, *supra*, at p. 605:

Such a set-off has its origin in equity and does not rest on the statute of 1728. It can apply where mutuality is lost or never existed. It can apply where the cross obligations are not debts.

Equitable set-off is available where there is a claim for a money sum whether liquidated or unliquidated: see *Aboussafy v. Abacus Cities Ltd.*, [1981] 4 W.W.R. 660 (Alta. C.A.), at p. 666. More importantly in the context of this case, it is available where there has been an assignment. There is no requirement of mutuality. The authorities to be reviewed indicate that courts of equity had two rules regarding the effect of a notice of assignment on the right to set-off. First, an individual may set-off against the assignee a money sum which accrued and became due prior to the notice of assignment. And second, an individual may set-off against the assignee a money sum which arose out of the same contract or series of events which gave rise to the assigned money sum or was closely connected with that contract or series of events.

The first case to consider is *Watson v. Mid Wales Railway Co.* (1867), L.R. 2 C.P. 593. In that case the assignees of a Lloyd's bond sued the makers of the bond in the name of the original bondholder. The makers sought to set-off arrears of rent due from the original bondholder which had accrued due since the notice of the assignment under a lease entered into prior to the notice of assignment. The question was whether a debtor had, in equity, a right to set-off against the assignee of his debt, a debt to him from his original creditor, which has accrued due subsequent to the notice to him of the assignment. The three judges, in separate reasons, answered that a debtor had no right to set-off in such a case. Montague Smith J. said at pp. 600-601:

If the debt sought to be set off in an action brought on behalf of the assignee of a debt had existed at the time

la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *C.I.B.C. v. Tuckerr Indust. Inc.*, précité, à la p. 605:

[TRANSDUCTION] Cette compensation tire son origine de l'*equity* et ne découle pas de la loi de 1728. Elle peut s'appliquer là où la réciprocité a disparu ou n'a jamais existé. Elle peut s'appliquer en outre lorsque les obligations réciproques ne sont pas des dettes.

On peut recourir à la compensation en *equity* lorsqu'on réclame une somme d'argent, que celle-ci soit ou non déterminée. Voir *Aboussafy v. Abacus Cities Ltd.*, [1981] 4 W.W.R. 660 (C.A. Alb.), à la p. 666. Plus important encore dans le contexte de la présente affaire, on peut y recourir lorsqu'il y a eu cession. Il n'y a aucune exigence de réciprocité. D'après la jurisprudence que nous allons examiner, les tribunaux d'*equity* suivaient deux règles en ce qui concernait l'effet d'un avis de cession sur le droit à la compensation. Premièrement, on pouvait opposer au cessionnaire la compensation à l'égard d'une somme d'argent devenue exigible antérieurement à l'avis de cession. Deuxièmement, on pouvait opposer au cessionnaire la compensation à l'égard d'une somme d'argent qui provenait du même contrat ou de la même série d'événements que ceux d'où provenait la somme d'argent faisant l'objet de la cession, ou était étroitement reliée avec ce contrat ou cette série d'événements.

Commençons par l'affaire *Watson v. Mid Wales Railway Co.* (1867), L.R. 2 C.P. 593. Dans cette affaire, la cessionnaire d'une obligation Lloyd's a poursuivi l'émettrice au nom du premier détenteur de cette obligation. L'émettrice a invoqué la compensation à l'égard d'un arriéré de loyer dû par le premier détenteur, et devenu exigible depuis l'avis de cession, en vertu d'un bail conclu avant que cet avis ne soit donné. La question était de savoir si un débiteur jouissait en *equity* d'un droit d'opposer au cessionnaire de sa dette la compensation à l'égard d'une créance que ledit débiteur avait envers son ancien créancier et qui était devenue exigible après qu'il eut reçu avis de la cession. Les trois juges, dans des motifs distincts, ont répondu qu'un débiteur ne pouvait invoquer la compensation dans un cas pareil. Le juge Montague Smith a dit, aux pp. 600 et 601:

[TRANSDUCTION] Si la dette opposée en compensation dans une action introduite pour le compte du cession-

of the transfer, equity would not interfere to restrain the legal set-off which the parties had. But here, at the time of transfer and notice, no debt existed to be set off. It is said that if debts are accruing mutually under independent contracts, neither of which is due at the time of the transfer, the right of set-off exists, if at the time of action brought upon one of them the liability of the other has ripened into a debt actually due. But the time to be looked at is, not the time of action brought, but the time when the transfer was made and notice given, and the rights of parties must be determined by the state of things then existing.

However, each judge made it clear that the answer would be different in a case where "the two transactions were in some way connected together so as to lead the Court to the conclusion that they were made with reference to one another" (p. 598). For example, Bovill C.J., referring to *Smith v. Parkes* (1852), 16 Beav. 115, expressed the view at p. 598 that:

... the decision went on the footing that both debts arose out of the same partnership dealings and transactions, and were inseparably connected together. That case, therefore, is not applicable to the one before us, where the transactions appear entirely separate, and where we have no allegation or statement from which we can infer any connection to have existed.

*Newfoundland (Government of) v. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199 (P.C.), is the seminal case on the right to set-off debts arising under the same or interrelated contracts. The court construed the contract before it in that case and concluded that (1) each claim by the railway to a grant of land from the Newfoundland government was complete at the time the construction of the railway section which was the *quid pro quo* for the grant was completed and (2) upon the completion of construction of each section a proportionate part of the government subsidy became payable for the specified term subject to the condition of continuous efficient operation. On July 15, 1882 the railway assigned the southern division of the railway to another company. On

naire d'une autre dette avait existé au moment de la cession, l'*equity* n'interviendrait pas pour empêcher que les parties se prévalent de la compensation légale. En l'espèce, toutefois, au moment de la cession et de l'avis, il n'y avait pas de dette pouvant donner lieu à compensation. On prétend que si des dettes réciproques existent en vertu de contrats indépendants et que aucune ne soit exigible lors de la cession, la compensation est opposable dans la mesure où, lorsqu'une action est intentée relativement à l'une de ces dettes, l'obligation représentée par l'autre s'est transformée en dette effectivement exigible. Le moment pertinent n'est cependant pas celui où l'action a été intentée, c'est plutôt le moment où la cession a été effectuée et où avis en a été donné, et les droits des parties doivent être déterminés en fonction de la situation telle qu'elle était alors.

Chaque juge a toutefois précisé que la réponse serait différente dans un cas où [TRADUCTION] «les deux opérations étaient en quelque sorte reliées de manière à amener la cour à conclure qu'elles se rapportaient l'une à l'autre» (à la p. 598). Par exemple, le juge en chef Bovill, se référant à l'affaire *Smith v. Parkes* (1852), 16 Beav. 115, a exprimé, à la p. 598, l'opinion suivante:

[TRADUCTION] ... cette décision avait pour fondement que les deux dettes découlaient des mêmes opérations relatives à une société de personnes et que lesdites dettes étaient inséparablement reliées. Cette décision ne s'applique donc pas à l'affaire dont nous nous trouvons saisis, car les opérations en l'espèce paraissent tout à fait distinctes et, qui plus est, on ne nous a présenté aucune allégation ni déclaration nous permettant de conclure à l'existence d'un lien quelconque.

L'arrêt *Newfoundland (Government of) v. Newfoundland Railway Co.* (1888), 13 App. Cas. 199 (C.P.), est le premier arrêt important concernant la compensation dans le cas de dettes découlant du même contrat ou de contrats connexes. La cour a interprété le contrat dont il s'agissait dans cette affaire et a conclu: (1) que le droit du chemin de fer de recevoir du gouvernement de Terre-Neuve une concession de terres était parfait au moment de l'achèvement de la construction du tronçon de chemin de fer qui était la contrepartie de la concession et (2) qu'à l'achèvement de la construction de chaque tronçon, une partie proportionnelle de la subvention gouvernementale devenait payable pendant la période spécifiée, pourvu que soit respectée la condition du maintien d'un service efficace. Le

April 20, 1886 the railway, according to the contract, should have been completed. It was not completed. The government, therefore, ceased making the requisite payments. The assignee made a claim for these payments. The government of Newfoundland counter-claimed for unliquidated damages against the assignees of the railway company. Their Lordships stated at pp. 212-13:

The present case is entirely different from any of those cited by the plaintiffs' counsel. The two claims under consideration have their origin in the same portion of the same contract, where the obligations which gave rise to them are intertwined in the closest manner. The claim of the Government does not arise from any fresh transaction freely entered into by it after notice of assignment by the company. It was utterly powerless to prevent the company from inflicting injury on it by breaking the contract. It would be a lamentable thing if it were found to be the law that a party to a contract may assign a portion of it, perhaps a beneficial portion, so that the assignee shall take the benefit, wholly discharged of any counter-claim by the other party in respect of the rest of the contract, which may be burdensome. There is no universal rule that claims arising out of the same contract may be set against one another in all circumstances. But their Lordships have no hesitation in saying that in this contract the claims for subsidy and for non-construction ought to be set against one another.

It is hardly necessary to cite authorities for a conclusion resting on such well-known principles. Their Lordships will only refer to *Smith v. Parkes* [16 Beav. 115] not so much on account of the decision as for the sake of quoting a concise statement by Lord Romilly of the principle which governed it. He says, "All the debts sought to be set off against the defendant Parkes are debts either actually due from him at the time of the execution of the deed" (this was the deed by which the third party who resisted the set-off was brought in) "or flowing out of and inseparably connected with his previous dealings and transactions with the firm." That was a case of equitable set-off, and was decided in 1852, when unliquidated damages could not by law be the subject of set-off. That law was not found conducive to justice, and has been altered. Unliquidated damages may now be set

15 juillet 1882, le chemin de fer a cédé à une autre société la partie sud de sa ligne. Aux termes du contrat, la construction du chemin de fer aurait dû être terminée le 20 avril 1886. Elle ne l'était pas. Le gouvernement a en conséquence cessé d'effectuer les paiements requis. La cessionnaire a donc présenté une demande en paiement des sommes en question. Le gouvernement de Terre-Neuve pour sa part a demandé reconventionnellement à la cessionnaire des dommages-intérêts non déterminés. Leurs Seigneuries ont dit, aux pp. 212 et 213:

[TRADUCTION] La présente affaire est tout à fait différente de celles citées par l'avocat de la demanderesse. Les deux réclamations en cause tirent leur origine de la même partie du même contrat et les obligations dont elles découlent sont très étroitement reliées. La réclamation du gouvernement ne résulte pas d'un accord nouveau qu'il a conclu librement après avoir reçu de la société avis de la cession. Il était complètement impuissant à empêcher la société de lui porter préjudice par la rupture du contrat. Il serait déplorable d'avoir à conclure en droit qu'une partie à un contrat peut légalement en céder une portion, peut-être une portion profitable, de sorte que c'est le cessionnaire qui en bénéficie, et ce, tout en demeurant à l'abri de toute demande reconventionnelle formulée par l'autre partie relativement au reste du contrat, qui peut se révéler désavantageux. Il n'y a pas de règle universelle établissant que les réclamations découlant d'un même contrat peuvent dans toutes les circonstances être compensées entre elles. Mais leurs Seigneuries affirment sans aucune réserve que, dans le cas du contrat dont il s'agit en l'espèce, il y a lieu de compenser l'une avec l'autre la réclamation du paiement de la subvention et la réclamation résultant du défaut d'achever la construction.

Il n'est guère besoin de citer de la jurisprudence à l'appui d'une conclusion qui repose sur des principes aussi bien connus. Leurs Seigneuries se réfèrent simplement à l'affaire *Smith v. Parkes*, [16 Beav. 115], non pas tant en raison de la décision elle-même qu'à cause de l'énoncé concis que fait lord Romilly du principe qui constitue son fondement. Lord Romilly dit: «Toutes les dettes à l'égard desquelles on invoque la compensation contre le défendeur Parkes sont des dettes effectivement exigibles de lui au moment de la signature de l'acte (c'est-à-dire auquel le tiers opposé à la compensation est partie) ou découlant de ses opérations précédentes avec la société et inséparablement liées à celles-ci.» Cette affaire concernant la compensation en *equity* a été jugée en 1852, époque à laquelle les dommages-intérêts non déterminés ne pouvaient légalement faire l'objet de com-

off as between the original parties, and also against an assignee if flowing out of and inseparably connected with the dealings and transactions which also give rise to the subject of the assignment.

The court found that the government was entitled to set-off their counter-claim against the assignees' claim since the claim and counter-claim had their origin in the same portion of the same contract and the obligations which gave rise to them were closely intertwined.

In *In re Pinto Leite and Nephews*, [1929] 1 Ch. 221, the question was whether a trustee was entitled to set-off the debt of £15,000 which became due after receipt of the notice of assignment. The court held that although the liability existed at or before the date of the notice of assignment, yet as that debt had not then accrued due, it was not *debitum in praesenti* and therefore was not a debt which the trustee was entitled to set-off. Clauson J. stated at p. 233:

It is, of course, well settled that the assignee of a chose in action . . . takes subject to all rights of set-off which were available against the assignor, subject only to the exception that, after a notice of an equitable assignment of a chose in action, a debtor cannot set off against the assignee a debt which accrues due subsequently to the date of notice, even though that debt may arise out of a liability which existed at or before the date of the notice; but the debtor may set off as against the assignee a debt which accrues due before notice of the assignment, although it is not payable until after that date.

And at p. 236 he further stated:

. . . when the debt assigned is at the date of notice of the assignment payable in futuro, the debtor can set off against the assignee a debt which becomes payable by the assignor to the debtor after notice of assignment, but before the assigned debt becomes payable, if, but only if,

pensation. Puisque cette règle de droit, a-t-on jugé, menait à l'injustice, elle a été modifiée. Les parties originaires peuvent maintenant invoquer la compensation à l'égard de dommages-intérêts non déterminés et, pour autant qu'ils découlent des opérations d'où résulte également l'objet de la cession et sont intimement reliés aux dites opérations, les dommages-intérêts non déterminés peuvent aussi donner lieu à une compensation opposable au cessionnaire.

La cour a conclu que le gouvernement pouvait compenser sa demande reconventionnelle avec la réclamation de la cessionnaire parce que la réclamation et la demande reconventionnelle tiraient toutes les deux leurs origines de la même partie du même contrat et que les obligations dont elles découlaient étaient étroitement reliées.

Dans l'affaire *In re Pinto Leite and Nephews*, [1929] 1 Ch. 221, la question était de savoir si un fiduciaire pouvait bénéficier de la compensation à l'égard d'une dette de 15 000 £ devenue exigible après réception de l'avis de cession. Selon la cour, la dette existait à la date de l'avis de cession sinon avant, mais comme elle n'était pas encore exigible à ce moment-là, il ne s'agissait pas d'un *debitum in praesenti* et, en conséquence, ce n'était pas non plus une dette à l'égard de laquelle le fiduciaire pouvait bénéficier de la compensation. Le juge Clauson dit, à la p. 233:

[TRADUCTION] Il est évidemment bien établi que, le cessionnaire d'un droit incorporel [...] demeure assujéti à tous les droits de compensation qu'on pouvait faire valoir contre le cédant. Ce principe n'admet qu'une seule exception, savoir que, après avoir reçu avis d'une cession en *equity* d'un droit incorporel, un débiteur ne saurait invoquer contre le cessionnaire la compensation à l'égard d'une dette qui devient exigible postérieurement à la date de l'avis, quand même cette dette pourrait découler d'une obligation qui existait à cette date-là ou avant. Le débiteur peut toutefois opposer au cessionnaire la compensation relativement à une dette qui devient exigible avant l'avis de cession, bien qu'elle ne soit payable qu'après cette date.

À la p. 236, le juge Clauson ajoute:

[TRADUCTION] . . . quand la dette cédée est, à la date de l'avis de cette cession, remboursable dans l'avenir, le débiteur peut alors invoquer contre le cessionnaire la compensation à l'égard d'une dette qui devient payable par le cédant au débiteur après réception de l'avis de

the debt so to be set off was debitum in praesenti at the date of notice of assignment.

Clauson J. then went on to add at p. 236:

In order to prevent any misunderstanding I ought to make it clear that it is not suggested that the debt assigned and the liabilities sought to be set-off against it, are so connected as to bring the case within the authorities of which the case of *Government of Newfoundland v. Newfoundland Ry. Co.* is typical.

In *Business Computers Ltd. v. Anglo-African Leasing Ltd.*, [1977] 1 W.L.R. 578 (Ch. D.), the defendant owed the plaintiff £10,587 in respect of two transactions for computers bought by the defendant and sold on hire purchase to third parties. Under a third transaction the plaintiff manufactured a computer for its own use, sold it to the defendant, and by a hire purchase agreement leased it back. The plaintiff became insolvent and a receiver was appointed on June 17, 1974. By June 17 the defendant was entitled under a condition of the hire purchase agreement to terminate that agreement. It did not do so. On July 31 the receiver repudiated the agreement. On August 8 the defendant accepted the repudiation. It sold the computer and claimed a sum in excess of £32,000 as damages under another condition of the hire purchase agreement. Templeman J. reviewed the relevant authorities and concluded at p. 585:

The result of the relevant authorities is that a debt which accrues due before notice of an assignment is received, whether or not it is payable before that date, or a debt which arises out of the same contract as that which gives rise to the assigned debt, or is closely connected with that contract, may be set off against the assignee. But a debt which is neither accrued nor connected may not be set off even though it arises from a contract made before the assignment.

He found that in this case the debt was neither accrued nor connected. There was, accordingly, no right of set-off.

cession mais avant que la dette cédée ne devienne exigible, seulement si la dette devant être opposée en compensation était un debitum in praesenti à la date de l'avis de cession.

<sup>a</sup> Le juge Clauson poursuit, toujours à la p. 236:

[TRADUCTION] Pour éviter tout malentendu, il convient de préciser qu'on ne prétend pas qu'il existe entre la dette cédée et les obligations avec lesquelles on cherche à la compenser un lien suffisant pour rendre applicable en l'espèce la jurisprudence dont l'arrêt *Government of Newfoundland v. Newfoundland Ry. Co.* est un exemple typique.

<sup>c</sup> Dans l'affaire *Business Computers Ltd. v. Anglo-African Leasing Ltd.*, [1977] 1 W.L.R. 578 (Ch. D.), la défenderesse devait à la demanderesse la somme de 10 587 £ à l'égard de deux opérations relatives à des ordinateurs achetés par la défenderesse et par la suite cédés au moyen de contrats de location-vente à des tiers. Dans une troisième opération, la demanderesse a fabriqué un ordinateur à son propre usage, l'a vendu à la défenderesse et, par un contrat de location-vente, l'a repris en location. La demanderesse étant devenue insolvable, un séquestre a été nommé le 17 juin 1974. À ce moment-là, la défenderesse avait le droit en vertu d'une condition du contrat de location-vente de le résilier. Elle ne l'a pas fait. Le 31 juillet, le séquestre a dénoncé le contrat. Le 8 août, cette dénonciation a été acceptée par la défenderesse. Elle a vendu l'ordinateur et réclamé une somme s'élevant à plus de 32 000 £ à titre de dommages-intérêts en vertu d'une autre condition du contrat de location-vente. Le juge Templeman, ayant passé en revue la jurisprudence pertinente, a conclu à la p. 585:

<sup>h</sup> [TRADUCTION] Il se dégage de la jurisprudence pertinente qu'une dette qui devient exigible avant la réception d'un avis de cession, qu'elle soit ou non payable avant cette date, ou une dette qui résulte du même contrat que celui qui a donné naissance à la dette cédée ou qui est étroitement reliée au contrat, peut être opposée en compensation au cessionnaire. Toutefois, une dette qui n'est pas exigible ni reliée au contrat ne peut pas donner lieu à compensation, même si elle découle d'un contrat intervenu antérieurement à la cession.

<sup>j</sup> Il a conclu que la dette en cause n'était ni exigible ni reliée au contrat. En conséquence, on ne pouvait invoquer la compensation.

In *Canadian Admiral Corp. v. L. F. Dommerich & Co.*, [1964] S.C.R. 238, this Court affirmed the rule that a debt which has accrued due before a notice of assignment is received may be set off against the assignee. In that case an assignee sought to claim money from a corporation. The corporation sought to set-off a debt owed to it by the assignor. This debt had accrued due prior to the notice of assignment. The Court allowed the set-off stating at p. 240: "There is no doubt as to the general rule. The debtor has as against the assignee the same right of set-off as he would have had against the assignor at the time at which he receives notice of the assignment".

Thus, cases involving debts that arise from the same contract or closely inter-related contracts form an exception to the general rule. In these cases a debt arising out of the contract or closely interrelated contracts may be set-off against the assignee even if the debt accrued due after the notice of the assignment. The issue in our case therefore turns on whether the debt assigned and the liability sought to be set-off against it were so connected as to fall within the principle of the *Newfoundland Railway* case.

I have found no judgment of this Court in which an equitable set-off was permitted on the *Newfoundland Railway* principle. Nor was any cited to us. However, in *Coba Industries, supra*, the British Columbia Court of Appeal applied the *Newfoundland Railway* case to the following transaction. The respondents bought a commercial property from one Polacco. The interim agreement provided for a second mortgage to be given to Polacco and for Polacco to lease the premises from the respondents for a period of three years. During the lease the respondents were to make second mortgage payments of approximately \$5,000 to Polacco and Polacco was to make monthly payments of approximately \$10,000 to the respondents. Post-dated cheques were exchanged. Polacco almost immediately assigned his second mortgage to the petitioner and endorsed over all of the respondents' cheques. Shortly thereafter Polacco

Dans l'arrêt *Canadian Admiral Corp. v. L. F. Dommerich & Co.*, [1964] R.C.S. 238, cette Cour a confirmé la validité de la règle voulant que, dans le cas d'une dette devenue exigible avant la réception d'un avis de cession, la compensation puisse être opposée au cessionnaire. Il s'agissait d'une affaire où un cessionnaire réclamait une somme d'argent à une société. Celle-ci invoquait en compensation une créance qu'elle avait envers la cédante et qui était devenue exigible antérieurement à l'avis de cession. La Cour, qui a approuvé la compensation, a dit, à la p. 240: [TRADUCTION] «Il ne fait pas de doute quant à la règle générale. Le débiteur jouit envers le cessionnaire du même droit de compensation que celui qu'il aurait eu à l'endroit du cédant au moment de la réception de l'avis de cession.»

Ainsi les affaires où il s'agit de dettes découlant d'un même contrat ou de contrats étroitement reliés constituent une exception à la règle générale. En effet, une dette de ce genre peut être opposée en compensation au cessionnaire, même si elle devient exigible après l'avis de cession. La question en l'espèce est donc de savoir si la dette cédée et l'obligation avec laquelle on veut la compenser sont suffisamment reliées pour entraîner l'application du principe posé dans l'arrêt *Newfoundland Railway*.

Je n'ai trouvé aucun arrêt de cette Cour permettant une compensation en *equity* fondée sur le principe posé dans l'arrêt *Newfoundland Railway* et aucun n'a été porté à notre connaissance. Toutefois, dans l'affaire *Coba Industries*, précitée, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué l'arrêt *Newfoundland Railway* à l'opération exposée ci-après. L'intimée avait acheté une propriété commerciale à un nommé Polacco. L'accord provisoire prévoyait qu'une hypothèque de second rang soit consentie à Polacco et que celui-ci reprenne les locaux à bail pendant une période de trois ans. Pendant la durée du bail, l'intimée devait verser à Polacco environ 5 000 \$ au titre de l'hypothèque de deuxième rang et ce dernier pour sa part était tenu de verser à l'intimée des mensualités d'environ 10 000 \$. Des chèques postdatés ont été échangés. Presque immédiatement, Polacco a cédé son hypothèque de deuxième rang à la pétition-

defaulted on his lease payments. The mortgage went into default and the petitioner commenced foreclosure proceedings. The respondents successfully applied for a declaration that they were entitled to an equitable set-off against amounts owing under the mortgage to the petitioner. The petitioner's appeal was dismissed. Macfarlane J.A. reviewed the English authorities and drew from them the following principles at p. 22:

1. The party relying on a set-off must show some equitable ground for being protected against his adversary's demands: *Rawson v. Samuel*, [1841] Cr. & Ph. 161, 41 E.R. 451 (L.C.).

2. The equitable ground must go to the very root of the plaintiff's claim before a set-off will be allowed: ... [*Br. Anzani (Felixstowe) Ltd. v. Int. Marine Mgmt (U.K.) Ltd.*, [1980] Q.B. 137, [1979] 3 W.L.R. 451, [1979] 2 All E.R. 1063].

3. A cross-claim must be so clearly connected with the demand of the plaintiff that it would be manifestly unjust to allow the plaintiff to enforce payment without taking into consideration the cross-claim: ... [*Fed. Commerce and Navigation Co. v. Molena Alpha Inc.*, [1978] Q.B. 927, [1978] 3 W.L.R. 309, [1978] 3 All E.R. 1066].

4. The plaintiff's claim and the cross-claim need not arise out of the same contract: *Bankes v. Jarvis*, [1903] 1 K.B. 549 (Div. Ct.); *Br. Anzani*.

5. Unliquidated claims are on the same footing as liquidated claims: [*Nfld. v. Nfld. Ry. Co.*, [1888] 13 App. C. 199 (P.C.)].

Macfarlane J.A. found that although the mortgage and lease were separate documents evidencing two different legal relationships and did not refer to one another, and although the amounts payable and the payment dates were totally different in each document, the evidence disclosed that the lease payments were intended by the parties to be the source of the funds required to satisfy the mortgage payments. This was why the term of the lease exceeded the term of the mortgage and the

naire et a endossé au profit de cette dernière tous les chèques de l'intimée. Peu après, Polacco a manqué à son obligation d'effectuer les paiements prévus par le bail. Il y a eu par la suite défaut de payer l'hypothèque et la pétitionnaire a engagé des procédures de forclusion. L'intimée a réussi à obtenir un jugement déclarant qu'elle avait droit à une compensation en *equity* à l'égard des sommes dues à la pétitionnaire en vertu de l'hypothèque. L'appel de la pétitionnaire a été rejeté. Le juge Macfarlane de la Cour d'appel a fait une revue de la jurisprudence anglaise et il en a tiré les principes suivants énoncés à la p. 22:

[TRADUCTION] 1. La partie qui invoque la compensation doit établir qu'il existe un motif en *equity* de la protéger contre les revendications de son adversaire: *Rawson v. Samuel*, [1841] Cr. & Ph. 161, 41 E.R. 451 (L.C.).

2. Le motif d'*equity* susmentionné doit toucher le fondement même de la réclamation du demandeur pour que la compensation soit recevable: ... [*Br. Anzani (Felixstowe) Ltd. v. Int. Marine Mgmt (U.K.) Ltd.*, [1980] Q.B. 137, [1979] 3 W.L.R. 451, [1979] 2 All E.R. 1063].

3. Une demande de compensation doit être reliée si clairement avec la réclamation du demandeur qu'il serait manifestement injuste de permettre au demandeur d'exiger le paiement sans qu'on tienne compte de la demande de compensation: ... [*Fed. Commerce and Navigation Co. v. Molena Alpha Inc.*, [1978] Q.B. 927, [1978] 3 W.L.R. 309, [1978] 3 All E.R. 1066].

4. Il n'est pas nécessaire que la réclamation du demandeur et la demande de compensation résultent du même contrat: *Bankes v. Jarvis*, [1903] 1 K.B. 549 (Div. Ct.); *Br. Anzani*.

5. Les réclamations de sommes non déterminées sont sur un pied d'égalité avec les réclamations de sommes déterminées: [*Nfld. v. Nfld. Ry. Co.*, [1888] 13 App. C. 199 (C.P.)]

De l'avis du juge Macfarlane, bien que l'hypothèque et le bail fussent des documents distincts constatant deux relations juridiques différentes et ne se rapportant pas l'un à l'autre, et bien que les sommes payables ainsi que les dates prévues pour les versements fussent tout à fait différentes dans chaque document, il ressortait de la preuve que les parties envisageaient que le loyer fournirait les fonds nécessaires à l'acquittement des versements hypothécaires. C'est pourquoi la durée du bail



amounts payable under the lease exceeded the amounts falling due on the mortgage. In view of the connection between them the differences in the two documents were immaterial.

The English Court of Appeal decision in *Hanak v. Green*, [1958] 2 Q.B. 9, [1958] 2 W.L.R. 755, [1958] 2 All E.R. 141, on which Macfarlane J.A. placed substantial reliance for the interrelated obligations principle involved an action by the plaintiff against the builder for failure to complete the construction of a house. The builder counter-claimed or claimed by way of set-off on a *quantum meruit* for extras outside the purview of the contract. The Court of Appeal held that the defendant had an equitable set-off which totally defeated the plaintiff's claim. Because of the close relationship between the dealings which gave rise to the respective claims, equity would not permit one of them to be insisted upon without taking the other into account. The *Newfoundland Railway* case was followed.

Macfarlane J.A. relied also on the English Court of Appeal decision in the *Federal Commerce* case, [1978] Q.B. 927, [1978] 3 W.L.R. 309, [1978] 3 All E.R. 1066, where charterers of a vessel were held entitled to deduct from hire by way of equitable set-off claims which they had against the shipowners. The case is interesting because Lord Denning indicates in the course of his reasons that it is no longer necessary since the merger of law and equity to probe the technicalities of the common law of set-off. He said [[1978] 3 All E.R. 1066] at p. 1078:

Over 100 years have passed since the Supreme Court of Judicature Act 1873. During that time the streams of common law and equity have flown together and combined so as to be indistinguishable the one from the other. We have no longer to ask ourselves: what would the courts of common law or the courts of equity have done before the Supreme Court of Judicature Act 1873? We have to ask ourselves: what should we do now so as to ensure fair dealing between the parties? (see *United Scientific Holdings Ltd v. Burnley Borough Council*

dépassait celle de l'hypothèque et le montant du loyer était supérieur aux sommes exigibles en vertu de l'hypothèque. Étant donné le lien entre les deux documents, les différences entre eux étaient a négligeables.

Dans l'affaire *Hanak v. Green*, [1958] 2 Q.B. 9, [1958] 2 W.L.R. 755, [1958] 2 All E.R. 141, dont le juge Macfarlane a tiré en grande partie le principe des obligations reliées, la Cour d'appel d'Angleterre se trouvait saisie d'une action que la demanderesse avait intentée au constructeur en raison du défaut de celui-ci d'achever la construction d'une maison. Alléguant l'enrichissement sans cause, le constructeur a présenté une demande reconventionnelle, ou a réclamé la compensation, à l'égard de travaux supplémentaires non prévus par le contrat. La Cour d'appel a conclu que le défendeur pouvait bénéficier de la compensation en equity qui jouait de manière à faire échouer la réclamation de la demanderesse. En raison des liens étroits entre les opérations donnant lieu aux réclamations respectives, l'equity ne permettait pas e que l'exécution de l'une d'elles soit exigée sans que l'autre ne soit prise en considération. On a donc suivi l'arrêt *Newfoundland Railway*.

Le juge Macfarlane s'est fondé en outre sur f l'arrêt *Federal Commerce*, [1978] Q.B. 927, [1978] 3 W.L.R. 309, [1978] 3 All E.R. 1066, où la Cour d'appel d'Angleterre a statué que l'affrètement d'un navire pouvait, par voie de compensation en equity, déduire du prix de l'affrètement les g montants de certaines réclamations qu'il avait contre les propriétaires du navire. Cet arrêt a ceci d'intéressant que lord Denning souligne dans ses motifs que, depuis la fusion de la *common law* et de l'equity, il n'est plus nécessaire d'examiner les h questions de forme de la compensation en *common law*. Il dit [[1978] 3 All E.R. 1066], à la p. 1078:

[TRADUCTION] Plus de cent ans se sont écoulés depuis l'adoption de la Supreme Court of Judicature Act 1873. Dans l'intervalle la *common law* et l'equity ont fonctionné ensemble et se sont confondus, si bien qu'il n'y a pas de distinction entre les deux. Nous n'avons plus à nous demander ce qu'auraient fait les cours de *common law* ou les cours d'equity antérieurement à la Supreme Court of Judicature Act 1873. La question que nous devons nous poser est plutôt celle de savoir ce qu'il convient de faire maintenant pour assurer aux parties un

[1977] 2 All E.R. 62 at 68, [1977] 2 W.L.R. 806 at 811-12] per Lord Diplock). This question must be asked in each case as it arises for decision; and then, from case to case, we shall build up a series of precedents to guide those who come after us. But one thing is quite clear: it is not every cross-claim which can be deducted. It is only cross-claims that arise out of the same transaction or are closely connected with it. And it is only cross-claims which go directly to impeach the plaintiff's demands, that is, so closely connected with his demands that it would be manifestly unjust to allow him to enforce payment without taking into account the cross-claim.

The Court held that it would be unfair for the creditor to be paid his claim without allowing the debtor to raise an equity against the creditor in the form of his own claim to the extent it had been held to be well-founded.

I return now to the facts of this case in order to determine the effect of the notice of assignment on the Telfords' claim for set-off. Section 150 of the *Land Titles Act*, R.S.A. 1980, c. L-5, identifies the prerequisites for an effective assignment of a mortgage. Section 150 states:

150(1) Any contract in writing for the sale and purchase of any land, mortgage or encumbrance is assignable notwithstanding anything to the contrary therein contained, and any assignment of any such contract operates according to its terms to transfer to the assignee therein mentioned all the right, title and interest of the assignor both at law and in equity, subject to the conditions and stipulations contained in the assignment.

(2) Nothing in this section shall be deemed to affect any rights at law or in equity of the original vendor or owner of the land, mortgage or encumbrance, until notice in writing of the assignment has been either sent to him by registered mail or served on him in the way process is usually served, and the notice mentioned in section 134 shall be deemed to be such notice.

The Telfords did not receive any notice of assignment in compliance with the provisions of this statute until the Holts filed their notice of statement of claim. The date of notice of assignment

traitement équitable (voir *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council* [[1977] 2 All E.R. 62, à la p. 68, [1977] 2 W.L.R. 806, aux pp. 811 et 812], motifs de lord Diplock). Cette question doit se poser dans chaque affaire qui parvient devant les tribunaux; ainsi nous établirons, cas par cas, une série de précédents pour la gouverne de ceux qui nous suivront. Il reste cependant que ce ne sont pas toutes les demandes de compensation qui peuvent donner lieu à déduction. Ce sont seulement les demandes de compensation qui découlent de la même opération ou qui lui sont étroitement reliées. Et ce sont seulement les demandes de compensation qui attaquent directement les réclamations du demandeur, c'est-à-dire si étroitement reliées à ces réclamations qu'il serait manifestement injuste de lui permettre d'exiger le paiement sans qu'il ne soit tenu compte de la demande de compensation.

Selon la cour, il serait injuste que le créancier obtienne le paiement de sa réclamation sans permettre au débiteur de lui opposer un droit en *equity* sous la forme de sa propre réclamation, dans la mesure où celle-ci a été jugée bien fondée.

Je reviens maintenant aux faits de la présente espèce afin de déterminer l'effet de l'avis de cession sur la demande en compensation formulée par les Telford. L'article 150 de la *Land Titles Act*, R.S.A. 1980, chap. L-5, énumère les conditions à remplir pour qu'il y ait cession valable d'une hypothèque en ces termes:

[TRADUCTION] 150(1) Tout contrat écrit portant sur la vente d'un bien-fonds, d'une hypothèque ou d'une charge est cessible nonobstant toute stipulation contraire dudit contrat et toute cession de celui-ci a pour effet de transférer au cessionnaire tout droit, titre et intérêt que peut posséder le cédant, en *common law* et en *equity*, sous réserve des conditions et stipulations énoncées dans l'acte de cession.

(2) Le présent article ne porte pas atteinte aux droits, en *common law* ou en *equity*, dont jouit le premier vendeur ou propriétaire du bien-fonds, de l'hypothèque ou de la charge, tant que l'on ne lui aura pas fait parvenir sous pli recommandé ou qu'on ne lui aura pas signifié de la manière dont les exploits sont normalement signifiés un avis écrit de la cession, et l'avis mentionné à l'article 134 est réputé constituer un tel avis.

Les Telford n'ont reçu l'avis de cession requis par cette loi qu'au moment où les Holt ont produit leur avis de déclaration. La date de l'avis de cession était en conséquence le 13 mars 1981. D'après le

was accordingly March 13, 1981. Under the original schedule of payments the only debt which accrued due prior to March 13, 1981 was the January 31, 1981 payment of \$50,000 from the Telfords to Canadian Stanley. The debts which the Telfords are seeking to set-off did not accrue due before the date of the notice of assignment. Thus, the debts can be set-off only if the Telfords can demonstrate that they arise out of the same contract or closely interrelated contracts. In my view, the Telfords have succeeded in demonstrating this. In essence, what happened here was that the Telfords and Canadian Stanley "swapped" parcels of land. The Telfords bought land from Canadian Stanley and gave a mortgage to Canadian Stanley but they also sold land to, and received a mortgage from, Canadian Stanley. The mortgages were entered into on the same date. The purchase price for both parcels was the same, namely \$265,000. Except for the January 31, 1981 payment, the payments under the two mortgages were on the same dates and for the same amounts. It is these two latter payments under the Canadian Stanley mortgage and the Telford mortgage that the Telfords seek to set-off against each other. Because the Telford mortgage and the Canadian Stanley mortgage are part of the land exchange deal, being part of the consideration for the reciprocal transfers, they are, in my view, closely connected and meet the requirements for an equitable set-off. They were made with reference to one another. It would be unfair to enforce only one side of the land exchange agreement.

However, the Telfords have one more obstacle to overcome, namely the view expressed by the Alberta Court of Appeal that their debt was unenforceable and could not be set-off for that reason. In reaching this conclusion the majority of the Court of Appeal followed their own earlier precedent in *Renner v. Racz*, *supra*. In *Renner* the Court considered the *Alberta Law of Property Act*, R.S.A. 1980, c. L-8. Section 41(1) of that Act states:

calendrier initial des paiements, la seule dette qui devenait exigible antérieurement au 13 mars 1981 était la somme de 50 000 \$ que les Telford devaient verser à Canadian Stanley le 31 janvier 1981. Les dettes que les Telford cherchent à compenser ne sont pas devenues exigibles avant la date de l'avis de cession. Il ne peut donc y avoir compensation que si les Telford peuvent démontrer que les dettes en question résultent du même contrat ou de contrats étroitement reliés. À mon avis, les Telford ont réussi à faire cette preuve. En l'espèce, ce qui s'est produit en somme est que les Telford et Canadian Stanley ont «troqué» des parcelles de terre. Les Telford ont acheté un bien-fonds à Canadian Stanley et ont consenti à cette dernière une hypothèque, mais ils ont en outre vendu un bien-fonds à Canadian Stanley et se sont vu consentir une hypothèque par elle. Les hypothèques sont intervenues le même jour. Le prix des deux biens-fonds était le même, c'est-à-dire 265 000 \$. Sauf le paiement prévu pour le 31 janvier 1981, les versements en vertu des deux hypothèques devaient s'effectuer à la même date et ils s'élevaient au même montant. C'est à l'égard de ces deux derniers versements en vertu de l'hypothèque Canadian Stanley et de l'hypothèque Telford que les Telford essayent d'obtenir la compensation. Puisque l'hypothèque Telford et l'hypothèque Canadian Stanley font partie intégrante de l'échange de biens-fonds en ce sens qu'elles représentent un élément de la contrepartie des transferts réciproques, j'estime qu'elles sont étroitement reliées et qu'elles satisfont aux exigences à remplir pour qu'il y ait compensation en *equity*. Elles ont été conclues en relation l'une avec l'autre. Il serait injuste de n'exécuter qu'une des parties de l'accord portant sur l'échange de biens-fonds.

Les Telford ont toutefois encore un obstacle à franchir; il s'agit de l'opinion exprimée par la Cour d'appel de l'Alberta que leur dette n'était pas exécutoire et, par conséquent, ne pouvait pas faire l'objet d'une compensation. La Cour d'appel à la majorité a fondé cette conclusion sur son propre arrêt dans l'affaire *Renner v. Racz*, précitée, où la cour était appelée à examiner la *Law of Property Act*, R.S.A. 1980, chap. L-8. Le paragraphe 41(1) de cette loi porte:

41(1) In an action brought on a mortgage of land, whether legal or equitable, or on an agreement for the sale of land, the right of the mortgagee or vendor is restricted to the land to which the mortgage or agreement relates and to foreclosure of the mortgage or cancellation of the agreement for sale, as the case may be, and no action lies

(a) on a covenant for payment contained in the mortgage or agreement for sale,

(b) on any covenant, whether express or implied, by or on the part of a person to whom the land comprised in the mortgage or agreement for sale has been transferred or assigned subject to the mortgage or agreement for the payment of the principal money or purchase money payable under the mortgage or agreement or part thereof, as the case may be, or

(c) for damages based on the sale or forfeiture for taxes of land included in the mortgage or agreement for sale, whether or not the sale or forfeiture was due to, or the result of, the default of the mortgagor or purchaser of the land or of the transferee or assignee from the mortgagor or purchaser.

Section 43(1) states:

43(1) Sections 41 and 42 do not apply to a proceeding for the enforcement of any provision.

(a) of any agreement for sale of land to a corporation, or

(b) of a mortgage given by a corporation.

The Court of Appeal, in interpreting these sections, made reference to this Court's judgment in *Edmonton Airport Hotel Co. v. Crédit Foncier Franco-Canadien, supra*, and, in particular, to the Court's observation that the predecessor section to s. 41 created "an unenforceable debt". The Alberta Court of Appeal concluded therefore that in a case where the debt was a mortgage debt and where, because of the statute, an action on the personal covenant was not available, the court could not order set-off. It could not order set-off because there was no enforceable debt.

With respect, I must disagree with this interpretation of the *Edmonton Airport Hotel* case. This

[TRANSDUCTION] 41(1) Dans une action fondée sur une hypothèque immobilière, en *common law* ou en *equity*, ou sur un contrat de vente de bien-fonds, le droit du créancier hypothécaire ou du vendeur se limite au bien-fonds auquel se rapporte l'hypothèque ou le contrat et à la forclusion de l'hypothèque ou à l'annulation du contrat de vente, selon le cas, et aucune action ne peut être engagée

a) relativement à un engagement de paiement contenu dans l'acte d'hypothèque ou dans le contrat de vente,

b) relativement à un engagement, exprès ou implicite, pris par ou pour une personne à laquelle le bien-fonds faisant l'objet de l'hypothèque ou du contrat de vente a été transféré ou cédé sous réserve des stipulations de l'hypothèque ou du contrat, pour le paiement du capital ou du prix à payer en vertu de l'hypothèque ou du contrat ou d'une partie de ces sommes, selon le cas, ou

c) pour les dommages-intérêts découlant de la vente ou de la confiscation, pour non-paiement de l'impôt d'un bien-fonds faisant l'objet de l'hypothèque ou du contrat de vente, que la vente ou la confiscation soit attribuable ou non au défaut de paiement du débiteur hypothécaire ou de l'acheteur du bien-fonds ou de leur cessionnaire.

Le paragraphe 43(1) dispose:

[TRANSDUCTION] 43(1) Les articles 41 et 42 ne s'appliquent pas à une procédure visant à obtenir l'exécution d'une disposition

a) d'un contrat de vente d'un bien-fonds à une société, ou

b) d'un acte constatant une hypothèque consentie par une société.

Dans son interprétation de ces articles, la Cour d'appel s'est référée à l'arrêt *Edmonton Airport Hotel Co. v. Crédit Foncier Franco-Canadien*, précité, de cette Cour et, en particulier, à l'observation selon laquelle l'article remplacé par l'art. 41 créait une [TRANSDUCTION] «dette non exécutoire». La Cour d'appel de l'Alberta a conclu en conséquence que, dans un cas où il s'agissait d'une dette hypothécaire et où la loi interdisait toute action fondée sur l'engagement personnel, la cour ne pouvait pas ordonner la compensation. Elle ne le pouvait parce qu'il n'existait pas de dette exécutoire.

Avec égards, je ne suis pas d'accord avec cette interprétation de l'arrêt *Edmonton Airport Hotel*.

Court's comment in that case must be viewed in context. In *Edmonton Airport Hotel* a guarantor had given a personal guarantee in respect of a mortgagor's indebtedness. The guarantor argued that any guarantee of any mortgage indebtedness is void under the terms of the statute as an indirect method of attempting to impose personal liability under the mortgage. The Court disagreed since the guarantor was not (and could not be) the mortgagor. In the course of its reasoning the Court said at pp. 444-45:

As to the guarantee, Superstein submitted that he was under no liability as guarantor since there was no debt owing by the principal debtor. He said that the effect of s. 34(17)(a) was to render it impossible that there should be any debt owing by the hotel company. The simple answer is that the hotel borrowed money from Credit Foncier on the security of land and chattels. This borrowing was neither illegal nor *ultra vires* and gave rise to a debt. *Swan v. Bank of Scotland* [(1836), 10 Bli. N.S. 627] does not apply. It was a case of illegality. But here, s. 34(17) is a procedural limitation. There was a borrowing and there was an unenforceable debt which will not disappear by the terms of s. 34(18) until a vesting order is made.

In my view, the Court was emphasizing that enforcing the guarantee was not equivalent to enforcing a mortgagor's personal covenant. The reference to the unenforceable debt was simply a reference to the fact that a mortgagor's personal covenant for payment is unenforceable under the terms of the statute. Section 41 does not create an unenforceable debt. Section 41 does not extinguish or satisfy the debt. It merely precludes the remedy by way of a personal judgment against the mortgagor on the covenant. The mortgagee may still pursue the remedy of foreclosure. Therefore, both the Telfords and Canadian Stanley have enforceable debts. It is true that pursuant to the statute a different range of remedies is available to an individual from that available to a corporation. Set-off does not however require either symmetry of remedies or of amounts.

Il faut en effet mettre en contexte l'observation susmentionnée de cette Cour. Dans l'affaire *Edmonton Airport Hotel*, un garant avait fourni une garantie personnelle à l'égard de la dette d'une débitrice hypothécaire. Le garant a fait valoir que la loi frappait de nullité toute garantie portant sur une dette hypothécaire parce que cela constituait une façon indirecte d'essayer d'imposer une responsabilité personnelle en vertu de l'hypothèque. La Cour a rejeté cet argument pour le motif que le garant n'était pas (et ne pouvait être) le débiteur hypothécaire. Dans son raisonnement, la Cour a dit, aux pp. 444 et 445:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la garantie, Superstein a soutenu qu'il n'était pas responsable en qualité de garant parce que le débiteur principal ne devait rien. Il a dit que l'al. 34(17)a) a pour effet d'empêcher la création d'une dette de la compagnie d'hôtellerie. La solution est simple: l'hôtel a emprunté de l'argent au Crédit Foncier en retour d'une garantie mobilière et immobilière. Cet emprunt n'était ni illégal ni *ultra vires*; il en découlait une dette. La cause *Swan v. Bank of Scotland* [(1836), 10 Bli. N.S. 627], ne s'applique pas. Elle portait sur la question de l'illégalité. Mais en l'espèce, le par. 34(17) impose des conditions de forme. Il y a eu emprunt et dette non exécutoire qui ne s'éteindra, aux termes du par. 34(18), que lorsqu'une ordonnance d'attribution sera rendue.

À mon avis, la Cour soulignait que l'exécution de la garantie n'équivalait pas à l'exécution de l'engagement personnel du débiteur hypothécaire. La mention d'une dette non exécutoire veut simplement dire que l'engagement personnel de payer donné par un débiteur hypothécaire n'est pas exécutoire en vertu de la loi. L'article 41 ne crée pas une dette non exécutoire. Il n'a pas non plus pour effet d'éteindre ou d'acquitter la dette. Il ne fait qu'exclure l'exercice contre le débiteur hypothécaire d'un recours en jugement personnel fondé sur l'engagement personnel du débiteur. Le créancier hypothécaire peut toujours recourir à la forclusion. Il s'ensuit donc que les Telford et Canadian Stanley ont des dettes exécutoires. Certes, la loi prévoit des recours différents selon qu'il s'agit d'un particulier ou d'une société. Quoi qu'il en soit, ni la correspondance entre les recours ni l'équivalence des dettes n'est requise pour qu'il y ait compensation.

#### 4. Conclusion

In summary, the Telfords are not entitled to legal set-off because the debts are not mutual. The Telfords are entitled to equitable set-off because they are entitled to set-off against the assignee, the Holts, a money sum which arises out of the same contract or interrelated contracts which gave rise to the assigned money sum. The provisions of the Alberta *Law of Property Act* do not preclude this result.

The appeal is allowed. The balance due on the Telford mortgage is the sum of \$50,886.60 and, upon the payment of that amount by the Telfords to the Holts, the Order for Foreclosure should be vacated or set aside and the mortgage expunged from the title. The appellants should have their costs both here and in the courts below to be withheld from the said sum of \$50,886.60.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitor for the appellants: D. E. Jermyn, Calgary.*

*Solicitor for the respondents: James P. Low, Calgary.*

#### 4. Conclusion

En résumé, les Telford n'ont pas droit à compensation légale parce qu'il ne s'agit pas de dettes réciproques. Ils ont cependant droit à compensation en *equity* parce qu'ils ont le droit d'opposer en compensation aux cessionnaires, les Holt, une somme d'argent provenant du même contrat ou de contrats reliés d'où provient la somme d'argent cédée. Ce résultat n'est pas exclu par les dispositions de la *Law of Property Act* de l'Alberta.

Le pourvoi est accueilli. Le solde à payer au titre de l'hypothèque Telford s'élève à 50 886,60 \$ et, sur paiement de cette somme aux Holt par les Telford, l'ordonnance de forclusion doit être annulée ou radiée et l'hypothèque doit être supprimée du titre. Les appelants ont droit à leurs dépens en cette Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure qui seront déduits du montant de 50 886,60 \$.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureur des appelants: D. E. Jermyn, Calgary.*

*Procureur des intimés: James P. Low, Calgary.*

**Les Supermarchés Jean Labrecque Inc.**  
*Appellant*

v.

**Labour Court and Judge Bernard Lesage**  
*Respondents*

and

**André Flamand** *Mis en cause*

INDEXED AS: SUPERMARCHÉS JEAN LABRECQUE INC. v.  
FLAMAND

File No.: 19307.

1987: June 9; 1987: September 17.

Present: Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest and  
L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Administrative law — Evocation — Audi alteram partem — Breaches of provincial statute — Decision to hear case other than in judicial district where it arose made in absence of parties and without prior notice — Breach of audi alteram partem rule — Writ of evocation granted — Labour Code, R.S.Q. c. C-27, s. 128 — Code of Civil Procedure, arts. 846, 847.*

*Administrative law — Evocation — Audi alteram partem — Breaches of provincial statute — Hearing setting trial date held in absence of parties and without prior notice — Setting of trial date not purely administrative act — Breach of audi alteram partem rule — Writ of evocation granted — Code of Civil Procedure, arts. 846, 847.*

*Labour law — Labour Court — Jurisdiction — Breaches of provincial statute — Failure to proceed at time and place set — Whether Court lost its jurisdiction — Labour Code, R.S.Q. c. C-27, s. 128.*

Complaints were laid against appellant under the provisions of s. 109.1 of the Quebec *Labour Code*, which prohibits an employer from using strike-breakers in a strike or lock-out. The alleged offences were committed at Val d'Or. Appellant appeared before a judge of the Labour Court and entered a plea of not guilty. The trial was set *pro forma* for June 10, 1981, at the Val d'Or Courthouse. On that date, the parties appeared at the place indicated and noted the absence of the judge and of the record. On the same day in Montréal a judge of

**Les Supermarchés Jean Labrecque Inc.**  
*Appelante*

c.

**a Le Tribunal du travail et le juge Bernard Lesage** *Intimés*

et

**b André Flamand** *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: SUPERMARCHÉS JEAN LABRECQUE INC.  
c. FLAMAND

N° du greffe: 19307.

c 1987: 9 juin; 1987: 17 septembre.

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest et  
L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

d

*Droit administratif — Évocation — Audi alteram partem — Infractions relatives à une loi provinciale — Décision d'instruire la cause ailleurs que dans le district judiciaire où elle a pris naissance rendue en l'absence des parties et sans avis préalable — Violation de la règle audi alteram partem — Bref d'évocation accordé — Code du travail, L.R.Q. chap. C-27, art. 128 — Code de procédure civile, art. 846, 847.*

*Droit administratif — Évocation — Audi alteram partem — Infractions relatives à une loi provinciale — Audience fixant la date du procès tenue en l'absence des parties et sans avis préalable — Fixation de la date du procès ne constituant pas un acte de pure administration — Violation de la règle audi alteram partem — Bref d'évocation accordé — Code de procédure civile, art. 846, 847.*

*Droit du travail — Tribunal du travail — Jurisdiction — Infractions relatives à une loi provinciale — Défaut de procéder à l'heure et à l'endroit fixés — Le tribunal a-t-il perdu sa juridiction? — Code du travail, L.R.Q. chap. C-27, art. 128.*

Des plaintes ont été portées contre l'appelante en vertu des dispositions de l'art. 109.1 du *Code du travail* du Québec qui interdit à un employeur, lors d'une grève ou d'un lock-out, d'avoir recours à des briseurs de grève. Les infractions invoquées ont été commises à Val d'Or. L'appelante a comparu devant un juge du Tribunal du travail et a enregistré un plaidoyer de non-culpabilité. Le procès a été fixé *pro forma* pour le 10 juin 1981 au Palais de justice de Val d'Or. À cette date, les parties se sont présentées à l'endroit indiqué et ont constaté l'ab-

the Labour Court held a hearing in the absence of the parties and set the trial date. The court record of the hearing stated that "by decision of the Chief Judge this day's hearing will be in Montréal" rather than Val d'Or. However, the parties were not given prior notice of this decision. Alleging that respondents had lost jurisdiction by failing to observe the *audi alteram partem* rule at the hearing held in Montréal on June 10, 1981, and by their inactivity at the hearing scheduled for June 10, 1981 in Val d'Or, appellant applied to the Superior Court for a writ of evocation. The Superior Court allowed the motion but the judgment was reversed by the Court of Appeal. This appeal is to determine (1) whether the Labour Court judge lost or exceeded his jurisdiction when, on June 10, 1981, he held a hearing in the absence of the parties and outside the judicial district where the complaints had been laid; and (2) whether the Court lost jurisdiction when nothing was done on June 10, 1981, at Val d'Or, the date and place where the hearing was to have been held.

*Held:* The appeal should be allowed.

Under s. 128 of the *Labour Code*, the Chief Judge of the Labour Court has the power "for reasons of public interest" to decide that a case shall be tried elsewhere than at the chief place of the judicial district where it arose. No reasons were given for the decision and it was presumably made for administrative reasons.

Even where there is no specific reference to the *audi alteram partem* rule in s. 128 of the Code, and bearing in mind that the setting of the date and place of trial is not a purely administrative act, failing to give the parties prior notice of the date and place of hearing in Montréal on June 10, 1981, is not consistent with the fundamental rule, implicit in any proceedings of a judicial or quasi-judicial nature. The decision made by the Chief Judge, in the absence of the parties and without prior notice, to hold the hearing in Montréal on June 10, 1981, rather than in Val d'Or, does not either respect that rule. Where there is no right of appeal, an infringement of this rule will be a basis for evocation. However, the remedy is a discretionary one and may be denied if it is possible to remedy the situation. In the case at bar, as the judgment setting the trial date was not appealable and the absence of any real and present harm can in no way mitigate this infringement of the *audi alteram partem* rule, the Superior Court judge was correct when he authorized the writ of evocation to be issued.

absence du juge et des dossiers. Le même jour à Montréal, le juge du Tribunal du travail tenait l'audition en l'absence des parties et fixait la date du procès. Le procès-verbal de l'audience indique que «suite à une décision du juge en chef, la séance de ce jour se tient à Montréal» plutôt qu'à Val d'Or. Les parties n'avaient toutefois pas été préalablement informées de cette décision. Alléguant la perte de juridiction des intimés pour non respect de la règle *audi alteram partem* lors de l'audience tenue à Montréal le 10 juin 1981, et de leur inaction lors de l'audience fixée pour le 10 juin 1981 à Val d'Or, l'appellante s'est adressée à la Cour supérieure pour obtenir la délivrance d'un bref d'évocation. La Cour supérieure a accueilli la requête mais le jugement a été infirmé par la Cour d'appel. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si le juge du Tribunal du travail a perdu ou excédé sa juridiction lorsque, le 10 juin 1981, il a tenu une audition en l'absence des parties et en dehors du district judiciaire où la cause a pris naissance; et (2) si le Tribunal a perdu sa juridiction lorsque le 10 juin 1981 rien ne s'est fait à Val d'Or, date et endroit où l'audition était fixée.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

En vertu de l'art. 128 du *Code du travail*, le juge en chef du Tribunal du travail a le pouvoir «pour des raisons d'intérêt public» de décider qu'une cause sera instruite ailleurs qu'au chef-lieu du district judiciaire où elle a pris naissance. La décision a présumément été prise en l'espèce pour des fins administratives et n'était pas motivée.

Même en l'absence de mention spécifique de la règle *audi alteram partem* à l'art. 128 du Code, et étant donné que la fixation de la date et du lieu du procès n'est pas un acte de pure administration, le défaut d'avis préalable aux parties de la date de l'audience et de sa tenue à Montréal le 10 juin 1981 ne respecte pas cette règle fondamentale, implicite dans toute procédure de nature judiciaire ou quasi judiciaire. Ne respecte pas non plus cette règle la décision rendue par le juge en chef, en l'absence des parties et sans avis préalable, de tenir la séance du 10 juin 1981 à Montréal plutôt qu'à Val d'Or. En l'absence d'un droit d'appel, la violation de cette règle donne ouverture à évocation. Mais ce remède est discrétionnaire et il peut être refusé s'il est possible de remédier à la situation. En l'espèce, étant donné que le jugement fixant la date du procès n'était pas susceptible d'appel et que l'absence de préjudice réel et actuel ne saurait remédier à cette violation de la règle *audi alteram partem*, c'est donc à bon droit que le juge de la Cour supérieure a autorisé la délivrance du bref d'évocation.



Every litigant, whatever the importance of the proceedings in which he is a party, but more so when facing charges of a penal nature, is entitled to expect both his rights to be protected and the proceedings to comply with the relevant legislation. While it is true that the Chief Judge had the power to set the date and place where the case would be tried, this discretion did not extend to depriving the parties of their basic right to be present at the hearing, to be heard and to make representations.

Finally, the failure to proceed at Val d'Or on June 10, 1981, resulted in respondents' loss of jurisdiction. When the parties are present at the time and place indicated for the trial but the court is not present and nothing is done, it loses jurisdiction.

#### Cases Cited

**Applied:** *Franklin v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 293; referred to: *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 S.C.R. 140; *Québec Téléphone v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1972] S.C.R. 182; *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Roy v. La Reine*, [1974] C.A. 200; *R. v. Ponton* (1898), 2 C.C.C. 192; *R. v. Lynn* (1910), 19 C.C.C. 129; *R. v. Paquette*, [1969] R.L. 198; *Dumont Express (1962) Ltée v. Perron*, [1974] C.A. 67; *Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407; *R. v. Hatherley* (1971), 4 C.C.C. (2d) 242; *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47; *R. v. Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380; *Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493; *Canadian Arsenal Ltd. v. Canada Labour Relations Board*, [1979] 2 F.C. 393; *Macdonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Comité d'appel du Bureau provincial de médecine v. Chèvrefils*, [1974] C.A. 123; *Proulx v. Public Service Staff Relations Board*, [1978] 2 F.C. 133; *Control Data Canada Ltée v. Lalancette*, [1983] C.A. 129, rev'd on another issue [1984] 2 S.C.R. 476; *Syndicat des employés du Centre hospitalier Robert-Giffard et annexes (C.S.N.) v. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers de Québec (S.P.I.I.Q.)*, [1979] C.A. 323; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *Trenholm v. Attorney-General of Ontario*, [1940] S.C.R. 301; *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053; *Caron v. Michaud*, [1981] T.T. 186; *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; *Nepton v. Procureur général du Québec*, Que. C.A., No. 200-10-000111-794, February 24, 1981; *United Aircraft Canada Ltd. v. La Reine*, Mtl. Q.B., No. 500-27-011293-73, May 9, 1974.

Tout justiciable, quelle que soit l'importance du litige auquel il est partie, mais particulièrement lorsqu'il fait face à des accusations de nature pénale, a un droit strict au respect de ses droits et à l'observance de la loi en vertu de laquelle il est poursuivi. S'il est exact que le juge en chef avait le pouvoir de fixer la date et l'endroit où la cause serait instruite, cette discrétion ne va pas jusqu'à permettre de priver les parties du droit strict d'être présentes à l'audience, d'y être entendues et d'y faire valoir des arguments.

Finalement, le défaut de procéder à Val d'Or le 10 juin 1981 a entraîné la perte de juridiction des intimés. Lorsque les parties se présentent à l'heure et à l'endroit indiqués pour le procès, mais que le tribunal ne se présente pas et que rien n'est fait, ce dernier perd juridiction.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *Franklin c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 293; **arrêts mentionnés:** *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 R.C.S. 140; *Québec Téléphone c. Compagnie de Téléphone Bell du Canada*, [1972] R.C.S. 182; *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Roy c. La Reine*, [1974] C.A. 200; *R. v. Ponton* (1898), 2 C.C.C. 192; *R. v. Lynn* (1910), 19 C.C.C. 129; *R. c. Paquette*, [1969] R.L. 198; *Dumont Express (1962) Ltée c. Perron*, [1974] C.A. 67; *Morin v. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407; *R. v. Hatherley* (1971), 4 C.C.C. (2d) 242; *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47; *R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380; *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493; *Arsenaux canadiens Ltée c. Conseil canadien des relations du travail*, [1979] 2 C.F. 393; *Macdonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Comité d'appel du Bureau provincial de médecine c. Chèvrefils*, [1974] C.A. 123; *Proulx c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1978] 2 C.F. 133; *Control Data Canada Ltée c. Lalancette*, [1983] C.A. 129, inf. sur un autre point [1984] 2 R.C.S. 476; *Syndicat des employés du Centre hospitalier Robert-Giffard et annexes (C.S.N.) c. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers de Québec (S.P.I.I.Q.)*, [1979] C.A. 323; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *Trenholm v. Attorney-General of Ontario*, [1940] R.C.S. 301; *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053; *Caron c. Michaud*, [1981] T.T. 186; *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985; *Nepton c. Procureur général du Québec*, C.A. Qué., n° 200-10-000111-794, 24 février 1981; *United Aircraft Canada Ltd. c. La Reine*, B.R. Mtl., n° 500-27-011293-73, 9 mai 1974.

**Statutes and Regulations Cited**

- Code of Civil Procedure*, R.S.Q. 1977, c. C-25, arts. 846, 847.
- Labour Code*, R.S.Q. c. C-27, ss. 109.1 [ad. 1977, c. 41, s. 53; am. 1978, c. 52, s. 20], 118 [am. 1977, c. 41, s. 1], 121, 128, 132, 139 [am. 1977, c. 41, ss. 1, 57], 142.1 [ad. 1977, c. 41, s. 58], 147.
- Summary Convictions Act*, R.S.Q. 1977, c. P-15, ss. 4, 13.2, 45(1), 65, 66, 75.

**Authors Cited**

- de Smith, Stanley Alexander. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.
- Dussault, René and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., vol. I. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswells, 1985.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*. Montréal: Yvon Blais, 1985.
- Hébert, Jean-Claude. "Le pouvoir de surveillance en matière pénale et criminelle" (1974), 34 *R. du B.* 411.
- Lemieux, Denis. *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*. Farnham (Québec): Publications CCH/FM, 1986.
- Lévesque-Crevier, Marie-Claude. "La motivation en droit administratif" (1980), 40 *R. du B.* 535.
- Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1982.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, 85T-135, setting aside a judgment of the Superior Court authorizing a writ of evocation to be issued. Appeal allowed.

*Daniel Bédard*, for the appellant.

*Gaétan Ouellet*, for the respondents.

English version of the judgment of the Court delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This case relates to three complaints laid in 1981 against appellant in the Quebec Labour Court, Amos District, under the provisions of s. 109.1 of the Quebec *Labour Code*, R.S.Q. c. C-27, which, apart from exceptions not applicable here, prohibits an employer from using strike-breakers in a strike or lock-out, and in such case rendering him liable to the penalties set out in s. 142.1 of the said Code.

The case arose at Val d'Or.

**Lois et règlements cités**

- Code de procédure civile*, L.R.Q. 1977, chap. C-25, art. 846, 847.
- Code du travail*, L.R.Q. chap. C-27, art. 109.1 [aj. 1977, chap. 41, art. 53; mod. 1978, chap. 52, art. 20], 118 [mod. 1977, chap. 41, art. 1], 121, 128, 132, 139 [mod. 1977, chap. 41, art. 1, 57], 142.1 [aj. 1977, chap. 41, art. 58], 147.
- Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q. 1977, chap. P-15, art. 4, 13.2, 45(1), 65, 66, 75.

**Doctrine citée**

- de Smith, Stanley Alexander. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.
- Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., t. I. Québec: Presses de l'Université Laval, 1984.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*. Montréal: Yvon Blais, 1985.
- Hébert, Jean-Claude. «Le pouvoir de surveillance en matière pénale et criminelle» (1974), 34 *R. du B.* 411.
- Lemieux, Denis. *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*. Farnham (Québec): Publications CCH/FM, 1986.
- Lévesque-Crevier, Marie-Claude. «La motivation en droit administratif» (1980), 40 *R. du B.* 535.
- Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1982.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, 85T-135, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, qui avait autorisé la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi accueilli.

*Daniel Bédard*, pour l'appelant.

*Gaétan Ouellet*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Ce litige a trait à trois plaintes portées en 1981 contre l'appelante devant le Tribunal du travail du Québec, division d'Amos, en vertu des dispositions de l'art. 109.1 du *Code du travail* du Québec, L.R.Q. chap. C-27, qui interdit à un employeur, lors d'une grève ou d'un lock-out, d'avoir recours à des briseurs de grèves, sauf exceptions y prévues non ici applicables, sous peine des sanctions prévues à l'art. 142.1 du même Code.

La cause a pris naissance à Val d'Or.

Alleging that respondents had lost jurisdiction by failing to observe the *audi alteram partem* rule at a hearing held in Montréal on June 10, 1981, and by their inactivity, at the hearing scheduled for June 10, 1981, in Val d'Or, appellant made a motion seeking authorization to issue a writ of summons against the respondents. This motion was granted by the Superior Court (judgment of November 27, 1981, Quebec Superior Court, district of Abitibi), and such judgment was quashed by the Quebec Court of Appeal, 85T-135 (judgment of January 24, 1985).

Proceedings

The starting-point of this case can be found in the court record of the hearing held on May 12, 1981:

[TRANSLATION]

AMOS DISTRICT—ROOM No. 3  
May 12, 1981

PRESENT: Judge BERNARD LESAGE  
FOR THE PLAINTIFF:  
BERNARD BELANGER  
FOR THE DEFENDANT:  
PIERRE BIENVENUE

CLERK: Guy Collin

TYPE OF CASE: 142.1 L.C.

By consent of counsels, the appearance returnable at Val d'Or on May 14, 1981 is heard this day at the Amos Courthouse.

The Court is exempt from reading the complaint.

Plea of not guilty

Trial scheduled for June 10, 1981, pro forma at the Val d'Or Courthouse.

BERNARD LESAGE	G. COLLIN
Judge, L.C.	Clerk

The next stage is set in the court record of the hearing of June 10, 1981, held this time in Montréal, despite the fact that counsel for the parties appeared on the same day at the Val d'Or Courthouse, where the absence of the judge and of the record was noted and nothing was done:

[TRANSLATION]

COURT RECORD

LABOUR COURT—ROOM No. 1  
June 10, 1981

PRESENT: JUDGE BERNARD LESAGE

Alléguant la perte de juridiction des intimés pour non respect de la règle *audi alteram partem* lors d'une audience tenue à Montréal le 10 juin 1981, et de leur inaction lors de l'audience fixée pour le 10 juin 1981, à Val d'Or, l'appelante a requis l'autorisation d'exercer le recours en évocation contre les intimés, requête accueillie par la Cour supérieure (jugement du 27 novembre 1981, Cour supérieure du Québec, district d'Abitibi), jugement infirmé par la Cour d'appel du Québec, 85T-135 (jugement du 24 janvier 1985).

Les procédures

Le point de départ de cette affaire est consigné au procès-verbal d'audience du 12 mai 1981:

DIVISION AMOS—SALLE NO. 3  
Le 12 mai 1981

PRESENT(S): Juge BERNARD LESAGE  
POUR LE DEMANDEUR:  
BERNARD BELANGER  
POUR LE DEFENDEUR:  
PIERRE BIENVENUE

GREFFIER: Guy Collin

NATURE DE LA CAUSE: 142.1 C.t.

De consentement des procureurs la comparution rapportable le 14 mai 1981 à Val D'or est instruite ce jour au palais justice (*sic*) d'Amos.

Le tribunal est dispensé de la lecture de la plainte.

Plaidoyer de non-culpabilité

Procès fixé au 10 juin 1981 Pro-forma au palais justice (*sic*) de Val D'or.

BERNARD LESAGE	G. COLLIN
Juge T.T.	Greffier

La suite se retrouve au procès-verbal de l'audience du 10 juin 1981 tenue, cette fois, à Montréal, malgré que les procureurs des parties se soient, le même jour, présentés au Palais de justice de Val d'Or où fut constatée l'absence du juge et des dossiers et où rien ne s'est fait:

PROCES-VERBAL

TRIBUNAL DU TRAVAIL—SALLE NO. 1  
Le 10 juin 1981

PRESENT: HONORABLE JUGE BERNARD LESAGE

FOR THE COMPLAINANT:  
BERNARD BELANGER (Abs.)  
FOR THE ACCUSED:  
PIERRE BIENVENUE (Abs.)

ANDRE FLAMAND  
complainant

v.  
LES SUPERMARCHES JEAN LABRECQUE  
INC.  
accused

POUR LE PLAIGNANT:  
Me BERNARD BELANGER (Abs)  
POUR L'INCULPE:  
Me PIERRE BIENVENUE (Abs)

a ANDRE FLAMAND  
Plaignant

c.  
LES SUPERMARCHES JEAN LABRECQUE  
INC.

b Inculpé

#### TRIAL

By decision of the Chief Judge this day's hearing will be held in Montréal rather than at Amos.

The Court schedules 10 a.m. October 15, 1981, at the Amos Courthouse for hearing of the case.

BERNARD LESAGE (S) illegible  
Judge, Lab. Court Clerk

Nothing further was done in Montréal on that day. The decision of the Chief Judge referred to by Judge Lesage was neither entered in the record nor communicated to the parties or their counsel. They learned of it through inquiries.

Neither the parties nor their counsel were given prior notice that there would be a hearing in Montréal on that day: hence the motion seeking authorization to issue a writ of summons alleging the aforesaid facts and proceedings.

#### Judgments

On a motion for evocation, the Superior Court authorized the issuance of the writ in the following terms:

[TRANSLATION]

#### J U D G M E N T

This is a motion for authorization to issue a writ of evocation under article 847 C.C.P.;

Whereas at the stage of authorization of the writ the judge, in deciding on the law, must take the facts alleged in the motion as having been proven;

Whereas those facts establish the right of the applicant;

#### FOR THESE REASONS, THE COURT:

AUTHORIZES the writ of evocation to be issued;  
DIRECTS the mis-en-cause to stay any proceedings brought pursuant to the complaints in cases Nos.

#### INSTRUCTION

Suite à la décision du juge en chef, la séance de ce jour se fient (*sic*) à Montréal plutôt qu'Amos.

Le Tribunal fixe l'audition du procès au 15 octobre 1981 au Palais de justice d'Amos à 10h00.

BERNARD LESAGE (S) illisible  
Juge du Trib. du travail Greffier

d Rien d'autre ne s'est fait ce jour-là à Montréal. La décision du juge en chef à laquelle se réfère le juge Lesage n'a été ni déposée au dossier ni communiquée aux parties ou à leurs procureurs. C'est par suite de recherches que ceux-ci l'ont apprise.

e Les parties, non plus que leurs procureurs, n'ont été préalablement informés de la tenue d'une audience à Montréal ce jour-là, d'où la requête pour autoriser la délivrance d'un bref d'évocation qui allègue les faits et procédures susmentionnés.

#### Les jugements

Sur requête en évocation, le juge de la Cour supérieure autorise la délivrance du bref en ces termes:

#### J U G E M E N T

h Il s'agit d'une requête pour autorisation d'émission d'un bref d'évocation en vertu de l'article 847 C.p.c.;

Considérant qu'au niveau de l'autorisation du bref, pour décider du droit, le juge doit prendre pour avérés les faits allégués dans la requête;

i Considérant que ceux-ci font voir le droit du requérant

#### PAR CES MOTIFS, LA COUR:

j AUTORISE l'émission du bref d'évocation;  
ENJOINT au mis-en-cause de suspendre toutes procédures intentées en vertu des plaintes dans les dos-

500-28-332, 333, 335 and 336-81 of the mis-en-cause Labour Court and to forward to this Honourable Court the record and all exhibits relating thereto within thirty days, the whole with costs.

ROBERT B. LAFRENIERE  
J.S.C.

Respondents appealed from this judgment.

In a unanimous judgment the Court of Appeal allowed the appeal, essentially on the following grounds:

[TRANSLATION] . . . appellants, namely Judge Lesage and the Labour Court, could not have lost jurisdiction since the case had not come before Judge Lesage and the Labour Court was acting within its jurisdiction.

The plea of not guilty was submitted to Judge Lesage but he had not been seized of the case.

It is settled law that judges hearing a plea of not guilty are not automatically seized of the case.

The setting of a date for the trial is a purely administrative act, not an act of a judicial nature.

The legal position in the case at bar falls under s. 128 of the Labour Code, which gives the Chief Judge of the Labour Court the power to order that sittings of the said Court shall take place elsewhere than at the chief place of the judicial district where the offences occurred.

The entire case turns on the following points:

(1) Did Judge Bernard Lesage of the Labour Court lose or exceed his jurisdiction when, on June 10, 1981, he held a hearing in the absence of the parties and outside the judicial district where the complaints had been laid?

(2) Did the Labour Court lose jurisdiction when nothing was done on June 10, 1981 at Val d'Or, the date and place where the hearing was to have been held?

#### Arguments

The submissions made to this Court by appellant were, with some amplification, essentially the same as those presented in the Court of Appeal, focussing principally on the mandatory provisions

siers numéros 500-28-332, 333, 335 et 336-81 du Tribunal du Travail mis-en-cause et de transmettre à cette Honorable Cour le dossier et toutes les pièces s'y rapportant dans un délai de 30 jours, le tout avec dépens.

ROBERT B. LAFRENIERE  
J.C.s.

Les intimés se sont pourvus en appel de ce jugement.

La Cour d'appel, dans un jugement unanime, accueille l'appel, essentiellement aux motifs suivants:

. . . les appelants, soit le Juge Lesage et le Tribunal du travail, n'ont pu perdre juridiction puisque le Juge Lesage n'était pas saisi de la cause et que le Tribunal du travail agissait à l'intérieur de sa juridiction.

Le Juge Lesage a reçu le plaidoyer de non culpabilité, mais il n'était pas saisi de la cause.

Il est de jurisprudence que les juges qui entendent une dénégation de culpabilité ne sont pas automatiquement saisis de la cause.

La fixation de la date du procès est un geste purement administratif et n'est pas un acte de nature judiciaire.

La légalité dans le présent cas relève de l'article 128 du Code du Travail qui donne au Juge en chef du Tribunal du travail le pouvoir d'ordonner que les séances dudit Tribunal se tiendront ailleurs qu'au chef-lieu du district judiciaire où les infractions ont pris naissance.

Tout le litige se résume essentiellement à décider des points suivants:

1° Le juge Bernard Lesage du Tribunal du travail a-t-il perdu ou excédé sa juridiction lorsque, le 10 juin 1981, il a tenu une audition en l'absence des parties et en dehors du district judiciaire où les plaintes pénales avaient été portées?

2° Le Tribunal du travail a-t-il perdu sa juridiction lorsque le 10 juin 1981 rien ne s'est fait à Val d'Or, date et endroit où l'audition était fixée?

#### Les arguments

L'appelante reprend devant nous les moyens qu'elle a soulevés devant la Cour d'appel, moyens essentiellement basés sur les dispositions impératives de l'art. 128 du *Code du travail* et sur l'erreur

of s. 128 of the *Labour Code* and the error made by the Court of Appeal, which viewed the setting of a date for trial as purely administrative, contrary to the subsequent judgment of the Supreme Court of Canada in *Franklin v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 293. It further relied on the failure to observe the *audi alteram partem* rule at the hearing held in Montréal on June 10, 1981, and respondents' loss of jurisdiction for failing to proceed at Val d'Or on the same date.

Respondents, while maintaining that in the circumstances of the case the *audi alteram partem* rule had not been infringed, also argued that no prejudice had resulted from what they saw as a mere irregularity which could be remedied under the provisions of the *Summary Convictions Act*, R.S.Q. 1977, c. P-15, and the *Labour Code*. Appellant conceded at the hearing that if there was prejudice, it was solely a prejudice in law.

However, respondents did not dispute that the first ground relied upon by the Court of Appeal, characterizing the setting of a trial date as purely administrative, was an error.

They further conceded that s. 128 of the *Labour Code* [TRANSLATION] "is the provision governing the jurisdiction *rationae loci* of the Labour Court".

### Procedural Context

Appellant made a motion seeking authorization to evoke the case before the Superior Court under the provisions of the *Code of Civil Procedure*:

**846.** The Superior Court may, at the demand of one of the parties, evoke before judgment a case pending before a court subject to its superintending and reforming power, or revise a judgment already rendered by such court, in the following cases:

- (1) when there is want or excess of jurisdiction;
- (2) when the enactment upon which the proceedings have been based or the judgment rendered is null or of no effect;
- (3) when the proceedings are affected by some gross irregularity, and there is reason to believe that justice has not been, or will not be done;

de la Cour d'appel qui a traité comme un acte de pure administration la fixation de la date du procès, contrairement à l'arrêt subséquent de la Cour suprême du Canada *Franklin c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 293. Elle invoque de plus le non-respect de la règle *audi alteram partem* lors de l'audience du 10 juin 1981 tenue à Montréal et la perte de juridiction des intimés pour défaut de procéder à Val d'Or le même jour.

Les intimés, tout en affirmant que n'a pas été enfreinte la règle *audi alteram partem* dans les circonstances de l'espèce, invoquent l'absence de préjudice pour ce qu'ils considèrent comme une simple irrégularité à laquelle les dispositions de la *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q. 1977, chap. P-15, et le *Code du travail* permettent de remédier. L'appelante a concédé à l'audience que si préjudice il y avait, il s'agissait d'un préjudice de droit uniquement.

Les intimés ne contestent pas, cependant, qu'est erroné le premier motif sur lequel s'appuie la Cour d'appel qui qualifie la fixation de la date du procès d'acte de pure administration.

Ils admettent, de plus, que l'art. 128 du *Code du travail* «est le texte de loi qui régit le Tribunal du Travail sur sa compétence *rationae loci*.»

### Le cadre procédural

L'appelante s'est pourvue en évocation en vertu des dispositions du *Code de procédure civile*:

**846.** La Cour supérieure peut, à la demande d'une partie, évoquer avant jugement une affaire pendante devant un tribunal soumis à son pouvoir de surveillance ou de contrôle, ou reviser le jugement déjà rendu par tel tribunal:

1. dans le cas de défaut ou d'excès de juridiction;
2. lorsque le règlement sur lequel la poursuite a été formée ou le jugement rendu est nul ou sans effet;
3. lorsque la procédure suivie est entachée de quelque irrégularité grave, et qu'il y a lieu de croire que justice n'a pas été, ou ne pourra pas être rendue;

(4) when there has been a violation of the law or abuse of authority amounting to fraud and of such a nature as to cause a flagrant injustice.

However, in the cases provided in paragraphs 2, 3 and 4 above, the remedy lies only if, in the particular case, the judgments of the court seized with the proceeding are not susceptible of appeal.

The Quebec *Labour Code* contains a privative clause, which at the time the case arose read as follows:

139. No action under article 33 of the Code of Civil Procedure, or extraordinary recourse within the meaning of such code, or injunction shall be exercised against any council of arbitration, court of arbitration, arbitrator on grievances, certification agent, labour commissioner or the Court by reason of any act, proceeding or decision relating to the exercise of their functions.

(N.B.: The wording of s. 139 reproduced in the appellant's factum is subsequent to that which was in effect when the complaints were filed, and contains *in limine* the following qualification: "Except on a question of jurisdiction".)

Though the provisions of s. 139 then in effect seem more stringent, it is now well established that such a privative clause does not exclude the superintending and reforming power of a superior court in cases of want or excess of jurisdiction (*Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 S.C.R. 140; *Québec Téléphone v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1972] S.C.R. 182; *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638).

It is not at issue here that evocation is the proper remedy in cases of want or excess of jurisdiction by an administrative or quasi-judicial tribunal, even though the proceedings are of a penal nature originating in a breach of a Quebec statute, the *Labour Code* (*Roy v. La Reine*, [1974] C.A. 200; see Jean-Claude Hébert, "Le pouvoir de surveillance en matière pénale et criminelle" (1974), 34 *R. du B.* 411).

In a chapter entitled "Labour Court" (consisting of ss. 112 to 137 inclusive), s. 118 of the

4. lorsqu'il y a eu violation de la loi ou abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante.

Toutefois, ce recours n'est ouvert, dans les cas prévus aux alinéas 2, 3 et 4 ci-dessus, que si, dans l'espèce, les jugements du tribunal saisi ne sont pas susceptibles d'appel.

Le *Code du travail* du Québec contient une clause privative qui se lisait ainsi au moment où la cause a pris naissance:

139. Nulle action en vertu de l'article 33 du Code de procédure civile, ni aucun recours extraordinaire au sens de ce code, ni aucune injonction ne peuvent être exercés contre un conseil d'arbitrage, un tribunal d'arbitrage, un agent d'accréditation, un commissaire du travail ou le tribunal, en raison d'actes, d'actes de procédure ou de décisions se rapportant à l'exercice de leurs fonctions.

(N.B.: Le texte de l'art. 139 reproduit au mémoire de l'appelante est subséquent à celui qui était en vigueur à l'époque du dépôt des plaintes et contient en exorde la réserve suivante: «Sauf sur une question de compétence».)

Malgré que le texte de l'art. 139 d'alors semble plus étanche, il est maintenant bien établi qu'une telle clause privative ne fait pas échec au pouvoir de contrôle et de surveillance d'une cour supérieure en cas d'excès de juridiction ou d'abus de compétence (*Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 R.C.S. 140; *Québec Téléphone c. Compagnie de Téléphone Bell du Canada*, [1972] R.C.S. 182; *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638).

N'est pas ici remis en question que le recours en évocation est le remède approprié en cas d'excès de juridiction ou d'abus de compétence d'un tribunal administratif ou quasi judiciaire, même s'il s'agit ici d'une affaire pénale tirant toutefois son origine d'une infraction à une loi du Québec, le *Code du travail* (*Roy c. La Reine*, [1974] C.A. 200; voir Jean-Claude Hébert, «Le pouvoir de surveillance en matière pénale et criminelle» (1974), 34 *R. du B.* 411).

Le *Code du travail* contient un chapitre intitulé «Du Tribunal du travail», qui comprend les art.

*Labour Code* prescribes the jurisdiction of the Labour Court as follows:

118. In addition to the other matters which are declared by law to be within its competence, such Court shall have jurisdiction, to the exclusion of any other Court, to hear and decide

(a) in appeal, as to any decision of a labour commissioner who closes a case, and as to any decision of the labour commissioner-general made under section 8 or section 9;

(b) in first instance, in any penal prosecution brought under this Code.

Section 121 states:

121. Every member of the Court shall be competent to hear and decide alone any matter submitted to the Court.

Judge Lesage of the Labour Court thus had jurisdiction to hear the complaints in question at first instance.

Such complaints under s. 147 of the Code are heard under the *Summary Convictions Act*.

The *Summary Convictions Act*, in accord with the *Criminal Code*, makes no provision for appeals from interlocutory judgments in penal matters. That is the interpretation given to its s. 75 (*Nepton v. Procureur général du Québec*, Que. C.A., No. 200-10-000111-794, February 24, 1981; *United Aircraft Canada Ltd. v. La Reine*, Mtl. Q.B., No. 500-27-011293-73, May 9, 1974).

On the other hand, art. 847 *C.C.P.* then in effect (now repealed) provided for a two-stage procedure:

847. The motion seeking authorization to exercise the recourse provided in this chapter must be served upon the judge or functionary who was seized of the case, and upon the parties, with a notice of the date and place of presentation.

The judge to whom the motion is presented cannot authorize the issuance of a writ of summons unless he is of opinion that the facts alleged justify the conclusions sought.

In case of urgency, the judge may, before authorizing the issuance of the writ, order the suspension of all proceedings in the case, but such suspension cannot in any case continue beyond ten days.

112 à 137 inclusivement. L'article 118 traite de sa juridiction:

118. Ce tribunal a juridiction pour connaître et disposer, exclusivement à tout autre tribunal, en outre des autres matières qui sont déclarées par la loi être de sa compétence,

a) en appel, de toute décision d'un commissaire du travail qui termine une affaire et de toute décision du commissaire général du travail rendue en vertu de l'article 8 ou de l'article 9;

b) en première instance, de toute poursuite pénale intentée en vertu du présent code.

L'article 121 précise:

121. Tout membre du tribunal est compétent pour instruire et décider, seul, toute affaire soumise au tribunal.

Le juge Lesage du Tribunal du travail avait donc compétence, en première instance, pour instruire les plaintes en question.

Ces plaintes aux termes de l'art. 147 du Code sont instruites suivant la *Loi sur les poursuites sommaires*.

La *Loi sur les poursuites sommaires*, conformément en cela au *Code criminel*, ne prévoit pas d'appel de jugements interlocutoires en matière pénale. C'est ainsi qu'a été interprété son art. 75 (*Nepton c. Procureur général du Québec*, C.A. Qué., n° 200-10-000111-794, 24 février 1981; *United Aircraft Canada Ltd. c. La Reine*, B.R. Mtl., n° 500-27-011293-73, 9 mai 1974).

Par ailleurs, l'art. 847 *C.p.c.* alors en vigueur (maintenant abrogé) prévoyait une procédure en deux étapes:

847. La requête demandant l'autorisation d'exercer le recours prévu au présent chapitre doit être signifiée au juge ou au fonctionnaire qui a été saisi de l'affaire, ainsi qu'aux parties, avec avis de la date et du lieu où elle sera présentée.

Le juge à qui la requête est présentée ne peut autoriser la délivrance du bref d'assignation que s'il est d'avis que les faits allégués justifient les conclusions recherchées.

En cas d'urgence, le juge peut, avant d'autoriser la délivrance du bref, ordonner de surseoir à toutes procédures dans l'affaire; mais ce sursis ne peut en aucun cas se prolonger au-delà de dix jours.



The motion before the judge of the Superior Court was to authorize the issuance of a writ of summons. For this purpose he had to come to the conclusion that the facts alleged in the motion justified the conclusions sought. Finding that they did, he authorized the issuance of the writ. It is only at the second stage, once the writ is issued, that the trial is held.

The Court of Appeal took the opposite view, holding that the facts alleged showed mere irregularities which could be remedied and which did not go to jurisdiction.

### Discussion

The principles involved here need to be re-examined.

In penal matters, the rule is that the case shall be tried in the judicial district where the case has arisen, unless there are specific provisions to the contrary (*R. v. Ponton* (1898), 2 C.C.C. 192 (Ont. H.C.); *R. v. Lynn* (1910), 19 C.C.C. 129 (Sask. S.C. en banc); *R. v. Paquette*, [1969] R.L. 198 (Mtl. Mun. Ct.); *Dumont Express (1962) Ltée v. Perron*, [1974] C.A. 67).

This rule is incorporated in s. 4 of the *Summary Convictions Act* of Quebec (subject to the exceptions mentioned in s. 13.2, which are not applicable here):

4. The complaint or information shall be heard, tried, determined and adjudged by the justice of the peace for the territorial division where the matter of the complaint or information arose, and in such territorial division.

Under s. 147 of the *Labour Code*, the *Summary Convictions Act* applies to the complaints at issue:

147. The penalties contemplated by this act shall be imposed upon summary proceeding pursuant to the Summary Convictions Act (chapter P-15).

Part II of the said act shall apply to such proceedings.

However, s. 128 of the same Code, which must take priority here and which contains a similar rule, is more specific if not more restrictive in this regard:

C'est de la demande d'autoriser la délivrance du bref qu'était saisi le juge de la Cour supérieure. À cette fin, il devait prendre pour avérées les allégations de la requête pour décider si elles justifiaient les conclusions recherchées. Ayant conclu dans l'affirmative, il a autorisé la délivrance du bref. Ce n'est qu'à la seconde étape, une fois le bref délivré, que s'instruit la cause.

La Cour d'appel a été d'avis, au contraire, que les faits allégués ne faisaient voir que des irrégularités auxquelles on pouvait remédier et n'allaient pas à la compétence.

### c Discussion

Il y a lieu de réexaminer les principes en jeu.

En matière pénale, la règle veut que la cause soit instruite dans le district judiciaire où la cause a pris naissance, à moins de dispositions spécifiques contraires (*R. v. Ponton* (1898), 2 C.C.C. 192 (H.C. Ont.); *R. v. Lynn* (1910), 19 C.C.C. 129 (C.S. Sask. en banc); *R. c. Paquette*, [1969] R.L. 198 (C. mun. Mtl.); *Dumont Express (1962) Ltée c. Perron*, [1974] C.A. 67).

C'est cette règle qu'incorpore l'art. 4 de la *Loi sur les poursuites sommaires* du Québec (sous réserve des exceptions prévues à l'art. 13.2 qui n'ont pas d'application en l'espèce):

4. La plainte ou dénonciation doit être entendue, instruite, décidée et jugée par le juge de paix de la circonscription territoriale où la cause de la plainte ou de la dénonciation a pris naissance et dans cette circonscription.

Aux termes de l'art. 147 du *Code du travail*, la *Loi sur les poursuites sommaires* s'applique aux plaintes en cause:

147. Les peines prévues par la présente loi sont imposées sur poursuite sommaire, suivant la Loi sur les poursuites sommaires (chapitre P-15).

La partie II de ladite loi s'applique auxdites poursuites.

Toutefois, l'art. 128 du même Code, qui doit ici prévaloir et qui énonce une règle similaire, est plus spécifique sinon plus restrictif à cet égard:

128. The case shall be tried at the chief place of the judicial district where the case has arisen, unless the parties agree otherwise or, for reasons of public interest, the chief judge decides that such case shall be tried elsewhere.

The Court may sit on any juridical day of the year.

The complaints in question arose in the judicial district of Abitibi (the "chief place" of which is Amos), and more specifically in the town of Val d'Or. That is not in dispute.

Appellant was summoned to appear at Val d'Or on May 14, 1981, and by consent of the parties appeared at Amos on May 12, 1981, before Judge Bernard Lesage of the Labour Court, whose jurisdiction to try the complaints is not in dispute. On that date and at that place appellant entered a plea of not guilty and the trial was set *pro forma* for June 10, 1981, at the Val d'Or Courthouse this time, as entered in the court record of May 12, 1981.

Up to that point, s. 128 of the *Labour Code* had been observed in all respects.

It is also quite clear that under that section the Chief Judge of the Labour Court had the power "for reasons of public interest" to decide that the case would be tried "elsewhere".

On the other hand, except for what was said about it by Judge Lesage, the decision of the Chief Judge was not entered in the record of the case nor communicated to the parties, and the latter were given no notice to attend the hearing on June 10 in Montréal. *A fortiori*, the reasons underlying that decision are also unknown.

Turgeon J.A., delivering the judgment of the Court of Appeal, implied such reasons when he wrote:

[TRANSLATION] It is true that the sitting of the Labour Court at Montréal on June 10, 1981 took place in the absence of the parties and of their counsel. Leaving Montréal to go to Val d'Or and summoning the parties solely in order to set the date of the trial did not appear to the Chief Judge to be proper judicial administration. [Emphasis added.]

He went on:

128. La cause est instruite au chef-lieu du district judiciaire où elle a pris naissance, sauf si les parties en conviennent autrement, ou si le juge en chef décide, pour des raisons d'intérêt public, qu'elle sera instruite ailleurs.

Le tribunal peut siéger n'importe quel jour juridique de l'année.

Les plaintes en question ont pris naissance dans le district judiciaire d'Abitibi (dont le chef-lieu est Amos) et plus particulièrement dans la ville de Val d'Or. Ceci ne fait l'objet d'aucun débat.

Assignée à comparaître à Val d'Or, le 14 mai 1981, l'appelante, du consentement des parties, comparaît à Amos le 12 mai 1981 devant le juge Bernard Lesage du Tribunal du travail, dont personne ne conteste la juridiction pour instruire les plaintes. C'est à cette date et à cet endroit que l'appelante enregistre un plaidoyer de non-culpabilité. Le procès est fixé *pro forma* pour le 10 juin 1981, au Palais de justice de Val d'Or cette fois, tel que consigné au procès-verbal du 12 mai 1981.

Jusqu'à-là, on s'est conformé en tous points à l'art. 128 du *Code du travail*.

En vertu de ce même article, il est incontestable que le juge en chef du Tribunal du travail avait le pouvoir «pour des raisons d'intérêt public» de décider que la cause serait instruite «ailleurs».

D'autre part, sauf pour ce qu'en dit le juge Lesage, la décision du juge en chef n'a été ni déposée au dossier de l'affaire ni communiquée aux parties et celles-ci n'ont aucunement été avisées de se présenter à l'audience du 10 juin à Montréal. *À fortiori*, ignore-t-on les motifs sous-jacents à cette décision.

Le juge Turgeon, rendant le jugement de la Cour d'appel, les présume lorsqu'il écrit:

Il est vrai que la séance du Tribunal du travail tenue à Montréal le 10 juin 1981 eut lieu en l'absence des parties et de leurs procureurs. Partir de Montréal pour aller à Val d'Or et convoquer les parties uniquement pour fixer la date du procès, n'a pas paru au Juge en chef être une bonne administration de la justice. [Je souligne.]

Il poursuit:

[TRANSLATION] On a question of adjournment, the Summary Convictions Act (S.C.A.) no longer contains the prohibition against adjourning for more than fifteen days without the consent of the parties. This provision has disappeared and the Court has complete discretion to decide on an adjournment. Indeed, section 45(1) of the S.C.A. reads as follows:

“45.1. Before or during the hearing upon any information or complaint the justice of the peace may, in his discretion, adjourn the hearing of the case.”

This is an important difference between the S.C.A. and Part XXIV of the Criminal Code as regards adjournments.

Sections 65 and 66 of the S.C.A. invite this Court to set aside formalism and to dismiss irregularities affecting substance and form. It has to be borne in mind that originally this Act was intended for justices of the peace who generally had no legal training.

In *Richstone Bakeries Inc. v. La Cour des sessions de la paix et le Procureur général de la province de Québec*, 1966, Q.B. 866, specifically at pp. 870 and 871, it was decided that when an accused denies his guilt at the appearance it is only a statement by him that he wishes a trial. Such a denial is a preliminary measure and the trial only begins when the accused confronts the witnesses for the prosecution. [Emphasis added.]

This last statement is clearly wrong. It is now settled law, and respondents no longer dispute this, that once a plea has been entered, since the accused is placed in jeopardy from that moment, the trial commences (*Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407; *R. v. Hatherley* (1971), 4 C.C.C. (2d) 242 (Ont. C.A.); *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47 (Alta. C.A.); *R. v. Riddle*, [1980] 1 S.C.R. 380; *Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493). In that last case McIntyre J., delivering the unanimous judgment of the Court, wrote at p. 501:

I am also of the opinion that the appellant was placed in jeopardy and that his trial commenced upon the informations. He had pleaded not guilty and he stood prepared to meet the Crown's case. In *Riddle*, the Crown's case was dismissed because the Crown, despite the refusal of an adjournment and the Court's direction that the trial proceed, declined to call evidence. There was accordingly no case for the accused to meet and the

En matière d'ajournement, on ne retrouve plus dans la Loi sur les poursuites sommaires (L.P.S.), l'interdiction d'ajournement de plus de quinze (15) jours sans le consentement des parties. Cette disposition est disparue et le Tribunal a toute discrétion pour décider d'un ajournement. En effet, l'article 45, paragraphe 1, de la L.P.S. se lit ainsi:

«45. 1. Le juge de paix peut, soit avant, soit pendant l'audition de la dénonciation ou plainte, ajourner à discrétion la cause.»

Il s'agit d'une différence importante entre la L.P.S. et la partie XXIV du Code criminel en matière d'ajournements.

Les articles 65 et 66 de la L.P.S. nous invitent à mettre de côté le formalisme et à passer outre à des irrégularités quant au fond et quant à la forme. Il faut rappeler qu'à l'origine, cette loi était destinée à des juges de paix qui n'avaient généralement pas de formation juridique.

Dans l'arrêt *Richstone Bakeries Inc. v. La Cour des sessions de la paix et le Procureur général de la province de Québec*, 1966, B.R. 866, spécialement aux pages 870 et 871, il fut décidé que lorsqu'un accusé nie sa culpabilité lors de sa comparution, cela n'est qu'une déclaration de sa part qu'il désire avoir un procès. Cette dénégation est une mesure préliminaire et le procès ne commence que lorsque le prévenu affronte les témoins de la Couronne. [Je souligne.]

Cette dernière affirmation est évidemment erronée. Il est maintenant acquis, et les intimés ne le contestent plus, que dès qu'un plaidoyer est enregistré, l'accusé étant dès ce moment mis en péril, l'instruction du procès est commencée (*Morin v. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407; *R. v. Hatherley* (1971), 4 C.C.C. (2d) 242 (C.A. Ont.); *R. v. Blair and Karashowsky* (1975), 25 C.C.C. (2d) 47 (C.A. Alb.); *R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380; *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493). Dans ce dernier arrêt, le juge McIntyre, qui rend le jugement unanime de la Cour, écrit à la p. 501:

Je suis également d'avis que l'appellant a été mis en péril et que son procès a commencé dès les dénonciations. Il avait nié sa culpabilité et était prêt à répondre à la preuve du ministère public. Dans l'affaire *Riddle*, il y a eu rejet de la poursuite parce que, malgré le refus d'ajournement et la directive de la Cour de continuer le procès, le ministère public n'a pas présenté de preuve. Il n'y avait donc pas de preuve à laquelle l'accusé devait

acquittal resulted. In that case Dickson J. said, at p. 398:

In my view, a criminal trial commences and an accused is normally in jeopardy from the moment issue is joined before a judge having jurisdiction and the prosecution is called upon to present its case in court. The person accused continues in jeopardy until final determination of the matter by rendering of the verdict.

I do not consider that Dickson J. imposed by those words a requirement that some direct invitation must be issued to the Crown to call evidence before it could be said that the issue had been joined and the accused placed in jeopardy. The authorities he relied upon in his reasons support the proposition that once a plea is entered before a court of competent jurisdiction the accused is in jeopardy. [Emphasis added.]

In view of the above, it may be assumed for the purposes of the appeal at bar, taking into account the court record of the hearing held in Montréal on June 10, 1981, as it stands, that the Chief Judge of the Labour Court made the decision attributed to him and that this decision was presumably made for administrative reasons. It was however delivered without reasons. *A fortiori*, the "reasons of public interest" prescribed by s. 128 of the Code are not mentioned, Judge Lesage not even alluding to them in what he reports of it. These reasons are no more evident.

#### (a) *Duty to Give Reasons*

Since the general rule is that a case shall be tried in the chief place of the judicial district where the case arose, it is only by exception, and in accordance with s. 128 of the Code for reasons of public interest, that the Chief Judge can decide that the case will be tried elsewhere (in the instant case, in Montréal, rather than Val d'Or or Amos).

The Labour Court is an administrative tribunal created by statute. Its powers are therefore restricted by its enabling Act. Accordingly, the Court and a judge of that Court must comply strictly with the powers conferred on them by that Act, otherwise want or excess of jurisdiction will result (Pépin and Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2<sup>e</sup> éd. 1982), at p. 19).

répondre, d'où l'acquittement. Dans cet arrêt le juge Dickson dit à la p. 398:

À mon avis, un procès criminel commence et un accusé est normalement en péril lorsque la cause est en état devant un juge compétent et que la poursuite est appelée à présenter sa preuve à la cour. L'accusé est en péril tant que l'affaire n'est pas décidée par le prononcé du verdict.

À mon sens, le juge Dickson n'impose pas par ces mots que l'on invite directement le ministère public à présenter sa preuve avant qu'on puisse dire que la cause est en état et que l'accusé a été mis en péril. Suivant la jurisprudence sur laquelle il s'est fondé dans ses motifs, dès l'inscription d'un plaidoyer devant une cour compétente, l'accusé est en péril. [Je souligne.]

Ceci dit, il y a lieu de prendre pour acquis pour les fins du présent pourvoi, compte tenu du procès-verbal de l'audience tenue à Montréal le 10 juin 1981, tel que rédigé, que le juge en chef du Tribunal du travail a rendu la décision qu'on lui impute et que cette décision a présumément été prise pour des fins administratives. Elle n'est cependant pas motivée. *A fortiori*, les «raisons d'intérêt public» prescrites par l'art. 128 du Code n'y sont pas indiquées, le juge Lesage n'y faisant même pas allusion dans ce qu'il en rapporte. Elles ne sont pas non plus évidentes.

#### a) *L'obligation de motiver*

Compte tenu que selon la règle générale une cause est instruite au chef-lieu du district judiciaire où l'affaire a pris naissance, ce n'est que par exception et aux termes de l'art. 128 du Code pour des raisons d'intérêt public, que le juge en chef peut décider que la cause sera instruite ailleurs (ici à Montréal plutôt qu'à Val d'Or ou à Amos).

Le Tribunal du travail est un tribunal administratif qui tire ses pouvoirs de la loi qui le crée. Ceux-ci sont donc limités par sa loi constitutive. En conséquence, le Tribunal et un juge de ce tribunal doivent se conformer strictement aux pouvoirs que leur confère cette loi sous peine d'excès de juridiction ou d'abus de compétence (Pépin et Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2<sup>e</sup> éd. 1982), à la p. 19).

While it is true that, in the absence of legislation to the contrary, neither judicial tribunals nor administrative or quasi-judicial bodies are bound to give reasons for their decisions (*Canadian Arsenals Ltd. v. Canadian Labour Relations Board*, [1979] 2 F.C. 393 (C.A.); *Macdonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684), when a duty to give reasons is created by legislation it seems, according to certain cases that, the absence of reasons vitiates the decision and constitutes an excess of jurisdiction (*Comité d'appel du Bureau provincial de médecine v. Chèvrefils*, [1974] C.A. 123; *Proulx v. Public Service Staff Relations Board*, [1978] 2 F.C. 133 (C.A.); *Control Data Canada Ltée v. Lalancette*, [1983] C.A. 129, reversed in this Court *sub nom. Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, but on another point, and the decision was regarded as having been given with reasons; for a discussion of this see Denis Lemieux, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale* (Publications CCH/FM, 1986), paras. 60-005 et seq.; Marie-Claude Lévesque-Crevier, "La motivation en droit administratif" (1980), 40 *R. du B.* 535).

Does section 128 of the Code impose on the Chief Judge a duty to give reasons for his decision to try the case elsewhere? I do not think that, for the purposes of this appeal, it is essential to answer this question. Indeed, though mentioning the absence of reasons, the parties did not focus their argument on this specific point. In view of the conclusions I have reached, I will add no further comment on this point.

(b) *Audi Alteram Partem Rule*

This rule is so fundamental in our legal system that I do not think there is any necessity to discuss it at length.

The right of a party to be heard, especially when that party is in the dock, long antedates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which was not relied upon here, if only because it was not in effect at the time this case began.

S'il est exact que, sauf dispositions législatives contraires, les tribunaux judiciaires non plus que les autorités administratives ou quasi judiciaires ne sont tenus de motiver leurs décisions (*Arsenaux canadiens Ltée c. Conseil canadien des relations du travail*, [1979] 2 C.F. 393 (C.A.); *Macdonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684), lorsque l'obligation de motiver est prévue par la loi, il semble, dans l'opinion de certains, que l'absence de motifs entache la décision de nullité et constitue un excès de juridiction (*Comité d'appel du Bureau provincial de médecine c. Chèvrefils*, [1974] C.A. 123; *Proulx c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1978] 2 C.F. 133 (C.A.); *Control Data Canada Ltée c. Lalancette*, [1983] C.A. 129, infirmée en cette Cour *sub nom. Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, mais sur un autre point et où on a considéré que la décision était motivée; pour une discussion de cette question voir Denis Lemieux, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale* (Publications CCH/FM, 1986), par. 60-005 et suiv.; Marie-Claude Lévesque-Crevier, «La motivation en droit administratif» (1980), 40 *R. du B.* 535).

L'article 128 du *Code du travail* impose-t-il au juge en chef l'obligation de motiver sa décision d'instruire la cause ailleurs? Je ne crois pas qu'il y ait lieu, pour les fins de ce pourvoi, de répondre à cette question. En effet, les parties, tout en mentionnant l'absence de motifs, n'ont pas pour autant fait porter le débat sur ce point précis. Vu les conclusions auxquelles j'arrive, je m'abstiens de plus amples commentaires.

b) *La règle audi alteram partem*

Cette règle est si fondamentale dans notre droit que je ne crois pas nécessaire d'en faire une longue démonstration.

Ce droit d'une partie d'être entendue, particulièrement lorsqu'elle se retrouve au banc des accusés, est bien antérieur à la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui n'est pas ici invoquée puisqu'elle n'était pas en vigueur au moment où s'est engagée cette affaire.

Respect for the rule of law goes back to the origins of our democratic institutions and is part of our most cherished legal heritage.

Even where there is no specific reference to the *audi alteram partem* rule in the legislation, as in s. 128 of the *Labour Code*, and bearing in mind that the setting of the date and place of a trial is not a purely administrative act, as noted above, failing to give the parties or their counsel of record prior notice of the date and place of hearing in Montréal on June 10, 1981 is not consistent with that fundamental rule, implicit in any proceedings of a judicial or quasi-judicial nature. The decision made by the Chief Judge, in the absence of the parties and without prior notice, to hold the hearing in Montréal on June 10, 1981, rather than in Amos or Val d'Or, does not either respect that rule.

In this regard the commentators Dussault and Borgeat write, in the *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1985), vol. I (at pp. 125 and 276):

[The] lack of procedural unity does not prevent certain principles of "natural justice" from being applied to most "administrative tribunals": the rule *audi alteram partem*, which compels a court required to make a decision of a judicial or quasi-judicial nature to allow the person in question to be heard in order to present his or her point of view. This rule is implicitly imposed upon "administrative tribunals"<sup>305</sup> and, since the *Nicholson* decision, the duty to act fairly is also binding upon them. Similarly, there is a rule by which members of these tribunals must be unbiased and impartial. In addition, the obligation to provide reasons for their decisions is frequently found in the Acts setting up these administrative tribunals. Finally, the *Charter of Rights and Freedoms* and quasi-constitutional legislation of this sort also contain certain provisions compelling administrative tribunals to respect procedural guarantees.

<sup>305</sup> The Supreme Court of Canada reached this conclusion in the famous cases of *L'Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 140 and *Toronto Newspaper Guild, Local 87 v. Globe Printing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 18. However, it should be noted that there are more and more statutes containing specific provisions requiring "administrative tribunals" to obey this rule. See the *Act respecting the Social Affairs Commission*, *supra*, note 273, s. 38, the *Act to promote the parole of inmates*,

Le respect de la primauté du droit remonte à l'origine de nos institutions démocratiques et fait partie de notre héritage juridique le plus cher.

Même en l'absence de mention spécifique de la règle *audi alteram partem* dans le texte de loi, comme dans l'art. 128 du *Code du travail*, et compte tenu que la fixation de la date et du lieu du procès n'est pas un acte de pure administration, comme je l'ai déjà souligné, le défaut d'avis préalable aux parties ou à leur procureur au dossier de la date de l'audience et de sa tenue à Montréal le 10 juin 1981 ne respecte pas cette règle fondamentale, implicite dans toute procédure de nature judiciaire ou quasi judiciaire. Ne respecte pas non plus cette règle, la décision rendue par le juge en chef, en l'absence des parties et sans avis préalable, de tenir la séance du 10 juin 1981 à Montréal plutôt qu'à Amos ou à Val d'Or.

À ce sujet, dans le *Traité de droit administratif* (2<sup>e</sup> éd. 1984), t. I, les auteurs Dussault et Borgeat écrivent (aux pp. 160 et 352):

[Le] manque d'unité procédurale n'empêche pas l'application, à des degrés variant selon les circonstances, à la plupart des «tribunaux administratifs» de certains principes de «justice naturelle»: la règle *Audi alteram partem*, qui oblige un tribunal appelé à rendre une décision de nature judiciaire ou quasi judiciaire à permettre à la personne visée de se faire entendre pour présenter son point de vue, s'impose implicitement aux «tribunaux administratifs»<sup>305</sup> et, depuis l'arrêt *Nicholson*, l'obligation d'agir équitablement: s'applique également la règle selon laquelle les membres de ces tribunaux doivent être désintéressés et impartiaux. Quant à l'obligation de motiver leurs décisions, elle est fréquemment inscrite dans les lois constituant ces tribunaux. Les Chartes des droits et libertés contiennent enfin certaines dispositions qui les forcent à respecter des garanties procédurales.

<sup>305</sup> La Cour suprême du Canada en a décidé ainsi, dans les affaires célèbres de *L'Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Commission des relations ouvrières du Québec*, [1953] 2 R.C.S. 140, et de *Toronto Newspaper Guild, Local 87 v. Globe Printing Co. Ltd.*, [1953] 2 R.C.S. 18. On remarque toutefois que les lois qui contiennent des dispositions précises, obligeant les «tribunaux administratifs» à respecter cette règle, sont de plus en plus nombreuses. Voir la *Loi sur la Commission des affaires sociales*, *supra*, note 273, a.

*supra*, note 281, s. 32 and the *Official Languages Act*, *supra*, note 226, s. 28.

... when an agency makes a decision of a judicial nature, normally it must not only hold public hearings but also reduce the decision to writing, provide reasons for it, communicate it to the parties and facilitate access to it for everyone affected. Moreover, in the course of the proceeding, the agency must allow persons whose rights and interests may be affected, to be heard and to present their points of view. This assumes that these persons must be notified of the date of the inquiry or of the hearing within a reasonable period, that they may seek an adjournment for serious reasons and, also, that they may be represented by a competent person with the power to examine or cross-examine.

In the second edition of his book *Droit administratif* (1985), Professor Patrice Garant explains the reasons why notice must be given when a case is heard before an administrative tribunal (at p. 721):

[TRANSLATION] The caselaw requires that such notice to the individual should contain whatever is necessary for him to present a defence or to make valid representations. He must not be taken by surprise. It follows from this that the notice should not be too vague.

On the tribunal's duty to give the individual an opportunity to present his case, Professor Garant writes (at p. 725):

[TRANSLATION] Having an opportunity to be heard means essentially, in the words of Pigeon J., having "the right to present his case". The courts have held that the individual in question must at a minimum have an opportunity to make his representations or put forward his defence, whatever the method used: the quasi-judicial tribunal must accordingly be able to hear the individual's point of view.

Finally, in *de Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), we find the following comments (at pp. 196, 197 and 200):

Natural justice generally requires that persons liable to be directly affected by proposed administrative acts, decisions or proceedings be given adequate notice of what is proposed, so that they may be in a position:

(a) to make representations on their own behalf; or

38, la *Loi favorisant la libération conditionnelle des détenus*, *supra*, note 281, a. 32, et la *Loi sur les langues officielles*, *supra*, note 226, a. 28.

<sup>a</sup> ... lorsqu'un organisme rend une décision de nature judiciaire, il doit, normalement, non seulement tenir des séances publiques d'enquête et d'audition, mais également consigner la décision par écrit, la motiver, la communiquer aux parties et en faciliter l'accès à tout intéressé. De plus, dans le cours de la procédure, l'organisme doit permettre aux personnes, dont les droits et intérêts risquent d'être touchés, de se faire entendre et de présenter leurs points de vue; ce qui suppose que ces personnes doivent être averties de la date de l'enquête ou de l'audition dans un délai raisonnable, peuvent en obtenir l'ajournement pour des raisons sérieuses et, aussi, se faire représenter par une personne compétente, qui peut interroger ou contre-interroger.

<sup>d</sup> Le professeur Patrice Garant dans la deuxième édition de son livre *Droit administratif* (1985) explique les raisons qui motivent la nécessité d'un avis lorsqu'une affaire est entendue devant un tribunal administratif (à la p. 721):

<sup>e</sup> La jurisprudence exige que cet avis à l'administré contienne les éléments nécessaires pour lui permettre d'offrir une défense ou de faire des représentations valables. Il ne faut pas que l'administré soit pris par surprise. Il s'ensuit que l'avis ne doit pas être trop vague.

<sup>f</sup> Sur l'obligation pour le tribunal de fournir à l'administré l'occasion de faire valoir ses moyens, le professeur Garant écrit (à la p. 725):

<sup>g</sup> Avoir l'opportunité de se faire entendre, cela signifie essentiellement, suivant l'expression même du juge Pigeon, avoir «de droit de faire valoir ses moyens». Suivant la jurisprudence, l'administré concerné doit avoir au minimum la possibilité de faire valoir ses représentations ou sa défense, quelle que soit la méthode utilisée; le tribunal quasi judiciaire doit ainsi pouvoir prendre connaissance du point de vue de l'administré.

<sup>i</sup> Enfin, dans *de Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980) nous retrouvons les commentaires suivants (aux pp. 196, 197 et 200):

<sup>j</sup> [TRADUCTION] De manière générale, la justice naturelle exige que les personnes susceptibles d'être directement visées par des projets de mesures, de décisions ou de procédures de nature administrative soient suffisamment avisées de ces projets pour qu'elles puissent:

a) faire valoir elles-mêmes leurs moyens; ou

- (b) to appear at a hearing or inquiry (if one is to be held); and  
 (c) effectively to prepare their own case and to answer the case (if any) they have to meet.

If, as is usual, the reason for imposing an obligation to give prior notice is to afford those affected an opportunity to make representations, the notice must be served in sufficient time to enable those representations to be made effectively. If an oral hearing is to be held, the time and place must be properly notified.

What the *audi alteram partem* rule guarantees is an adequate opportunity to appear and be heard (subject to the proviso that in some situations prior notice may be valid although not in fact received).

A departure from this rule of natural justice has been held to constitute a want or excess of jurisdiction.

Thus in *Syndicat des employés du Centre hospitalier Robert-Giffard et annexes (C.S.N.) v. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers de Québec (S.P.I.I.Q.)*, [1979] C.A. 323, Mayrand J.A. said at p. 326:

[TRANSLATION] Natural justice required that the respondents should have an opportunity to be heard before the court of arbitration whose award could affect their rights. In the circumstances the infringement of the *audi alteram partem* rule constituted an excess of jurisdiction giving rise to evocation: *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. L.R.B. of Québec*, [1953] 2 S.C.R. 140; *Lalonde Automobile Ltée v. Naylor*, [1974] C.A. 489.

(See also Denis Lemieux, *op. cit.*, para. 30-060, and the authorities cited by him.)

It is significant that the *Labour Code* in the chapter relating to the Labour Court makes such a rule mandatory when that court sits in appeal from a decision of the labour arbitrators:

132. Before rendering any decision on an appeal, the Court shall allow the parties to be heard and for such purpose give them, in such manner as it deems proper, a notice of at least five clear days of the day and hour when and the place where they may be heard.

- b) comparaître à une audience ou à une enquête (s'il y a lieu); et  
 c) préparer efficacement leurs propres arguments et répondre aux arguments (le cas échéant) qui leur sont opposés.

Si, comme d'habitude l'imposition de l'obligation de donner un avis a pour but d'accorder à ceux qui sont visés la possibilité de se faire entendre, l'avis doit être signifié dans un délai suffisant pour permettre de faire valoir efficacement leurs moyens. Si une audience doit avoir lieu, on doit donner avis de la date et de l'endroit de celle-ci.

La règle *audi alteram partem* garantit une possibilité suffisante de comparaître et d'être entendu (sous réserve que dans certaines situations un avis préalable puisse être valide même si en fait il n'a pas été reçu).

La violation de cette règle de justice naturelle a été considérée comme portant atteinte à la compétence, constituant un excès de juridiction ou un abus de compétence.

Dans l'arrêt *Syndicat des employés du Centre hospitalier Robert-Giffard et annexes (C.S.N.) c. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers de Québec (S.P.I.I.Q.)*, [1979] C.A. 323, le juge Mayrand s'exprime à ce sujet comme suit à la p. 326:

La justice naturelle exigeait que les intimés aient l'occasion de se faire entendre devant le Tribunal d'arbitrage dont la sentence pouvait affecter leurs droits. Dans les circonstances, la violation de la règle *audi alteram partem* constituait un excès de juridiction, ce qui donne ouverture à évocation: *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. C.R.O. du Québec* (1953) 2 R.C.S. 140; *Lalonde Automobile Ltée c. Naylor*, [1974] C.A. 489.

(Voir aussi Denis Lemieux, *op. cit.*, au par. 30-060, ainsi que les autorités qu'il cite.)

Il est intéressant de noter que le *Code du travail* au chapitre consacré au Tribunal du travail en fait une règle lorsque ce tribunal siège en appel d'une décision du commissaire du travail:

132. Le tribunal doit, avant de rendre toute décision sur un appel, permettre aux parties de se faire entendre et, à cette fin, leur donner, en la manière qu'il juge appropriée, un avis d'au moins cinq jours francs de la date, de l'heure et du lieu où elles pourront se faire entendre.



If an interested party so called does not present himself or refuses to be heard at the sitting fixed for such purpose or at an adjournment of such sitting, the Court may nevertheless proceed with the trial of the matter, and no judicial recourse shall be based on the fact that the Court so proceeded in the absence of such party.

In penal matters, the duty to hear the parties has never been doubted.

Article 846 C.C.P. makes of it one of the criteria for the exercise of the superintending and reforming power of the superior courts, where there is no appeal or other appropriate remedy, as is the case here.

While it is true that any infringement of the *audi alteram partem* rule will not necessarily or automatically attract the exercise of this reforming power, since the remedy remains a discretionary one, it will be denied primarily when the situation thus created can be otherwise remedied.

*Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, is a good example of this. In a majority judgment of this Court, Beetz J. made an exhaustive study of the question, though from the standpoint of the common law and not with reference to art. 846 C.C.P.

He recalled what Lord Devlin said in *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), at p. 584:

Such tribunals must always be subject to the supervisory jurisdiction of the High Court. But it does not by any means follow that a defect of natural justice sufficiently grave to be a ground for quashing the resulting decision inevitably leads, as in the present case, to a declaration that the decision is void ab initio. It is necessary always to bear in mind the distinction so clearly drawn by Lord Sumner in *Rex v. Nat Bell Liquors Ltd.* between a wrong exercise of jurisdiction which a judge has and a usurpation of a jurisdiction which he has not. If there is no jurisdiction, the decision is a nullity, whether the court quashes or not. If there is jurisdiction but there has been a miscarriage of natural justice, the decision stands good until quashed. The occurrence of a miscarriage does not require the court to quash if it is satisfied that justice can be done in some other way.

Si une partie intéressée et ainsi convoquée ne se présente pas ou refuse de se faire entendre à la séance fixée pour cette fin, ou à un ajournement de cette séance, le tribunal peut néanmoins procéder à l'instruction de l'affaire et aucun recours judiciaire ne peut être fondé sur le fait qu'il a ainsi procédé en l'absence de cette partie.

En matière pénale l'obligation d'entendre les parties n'a jamais soulevé de doute.

L'article 846 C.p.c. en a fait l'un des critères donnant ouverture au pouvoir de contrôle et de surveillance des tribunaux supérieurs, en l'absence d'appel ou d'autre remède approprié, comme c'est le cas ici.

S'il est vrai que toute violation de la règle *audi alteram partem* n'entraînera pas nécessairement ni automatiquement l'exercice de ce pouvoir de contrôle puisque ce remède reste discrétionnaire, c'est surtout lorsqu'il est possible de remédier à la situation ainsi créée qu'il sera refusé.

L'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, en est un bel exemple. Le juge Beetz, dans un jugement majoritaire de cette Cour, fait une étude exhaustive de la question, même si sous l'angle de la *common law* et non au regard de l'art. 846 C.p.c.

Il rappelle ce que disait lord Devlin dans l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), à la p. 584:

[TRADUCTION] Ces tribunaux ont toujours été assujettis au pouvoir de surveillance de la Haute Cour. Mais il ne s'ensuit nullement que le défaut de respecter la justice naturelle suffisamment grave pour constituer un motif d'annulation de la décision qui s'ensuit entraîne inévitablement, comme en l'espèce, une déclaration portant que la décision est nulle ab initio. Il faut toujours garder à l'esprit la distinction clairement établie par lord Sumner dans *Rex v. Nat Bell Liquors Ltd.* entre l'exercice erroné d'une compétence que le juge possède et l'usurpation d'une compétence qu'il n'a pas. S'il n'est pas compétent, la décision est nulle, que la cour l'annule ou non. S'il est compétent mais qu'il y a eu déni de justice naturelle, la décision est valide jusqu'à ce qu'elle soit annulée. Un déni de justice naturelle n'oblige pas la cour à l'annuler si elle est convaincue que justice peut être rendue d'une autre façon.

The Superior Court judge held, in exercising his discretion as to whether the motion should be granted, that in the circumstances of the case at bar authorization to issue the writ should be given.

Respondents advanced two arguments on this aspect of the case, namely [TRANSLATION] "that no prejudice ensued and that, secondly, it could be easily corrected at the first opportunity".

On this latter point, the judgment setting the date of trial had been rendered. In the absence of a right of appeal, I do not see how appellant could have had that judgment reviewed in order to present its case and make representations. Therefore, there was no other proper remedy.

On the first point, the absence of any real and present prejudice, which is not disputed by appellant, can in no way remedy such an infringement.

Le Dain J., in a unanimous judgment of this Court in *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, settled very clearly this particular point. He wrote, at pp. 660-61:

Certainly a failure to afford a fair hearing, which is the very essence of the duty to act fairly, can never of itself be regarded as not of "sufficient substance" unless it be because of its perceived effect on the result or, in other words, the actual prejudice caused by it. If this be a correct view of the implications of the approach of the majority of the British Columbia Court of Appeal to the issue of procedural fairness in this case, I find it necessary to affirm that the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision. The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have. It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing. [Emphasis added.]

In my view, since *Cardinal* dealt with a prerogative writ in administrative law matters, the principles stated therein are very relevant here.

Le juge de la Cour supérieure, dans l'exercice de sa discrétion au stade de la réception de la requête, a jugé que dans les circonstances de l'espèce, il y avait lieu d'autoriser la délivrance du bref.

<sup>a</sup> Les intimés ont fait valoir deux moyens sur cet aspect du litige, soit «qu'il n'y a pas de préjudice subi et que, deuxièmement, ceci peut être corrigé à la première occasion et très facilement.»

<sup>b</sup> Sur ce dernier point, le jugement fixant la date du procès avait été rendu. En l'absence de droit d'appel, je ne vois pas comment l'appelante aurait pu faire reviser ce jugement pour y être entendue et y faire valoir ses moyens. Il n'y avait donc point d'autre remède approprié.

Sur le premier point, l'absence de préjudice réel et actuel, ce que l'appelante ne conteste pas, ne saurait remédier à cette transgression.

<sup>d</sup> Le juge Le Dain, écrivant le jugement unanime de la Cour dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, se prononce très clairement sur ce point précis. Il écrit aux pp. 660 et 661:

L'omission d'accorder une audition équitable, qui est de l'essence même de l'obligation d'agir avec équité, ne peut jamais être considérée en elle-même sans «importance suffisante» à moins que ce ne soit à cause de son effet perçu sur le résultat ou, en d'autres mots, à cause du tort réel qu'elle a causé. Si c'est là la façon correcte de voir les implications de l'analyse adoptée par la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur la question d'équité dans la procédure en l'espèce, j'estime nécessaire d'affirmer que la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente. Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n'appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat de l'audition. [Je souligne.]

<sup>j</sup> À mon avis, comme il s'agit dans l'arrêt *Cardinal* d'un bref de prérogative en matière de droit administratif, les principes y énoncés sont ici très pertinents.

In fact, it could not be argued here that, as it was purely a matter of setting a trial date, since the date previously agreed upon was only set *pro forma*, the failure to observe natural justice was not of sufficient seriousness to warrant authorizing the writ to be issued.

It should be recalled that appellant was here facing penal charges which rendered it liable to substantial penalties.

On the other hand, every litigant, whatever the importance of the proceedings in which he is a party, but more so when facing charges of a penal nature, is entitled to expect both his rights to be protected and the proceedings to comply with the relevant legislation.

While it is true, as respondents pointed out, that the Chief Judge had the power to set the date and place where the case would be tried, this discretion does not extend to depriving the parties of their basic right to be present at the hearing, to be heard and to make representations. These principles of natural justice had to be observed as much with respect to the decision to hold the hearings in Montréal rather than in Amos or Val d'Or as with respect to the decision rendered on the same day on which the date of trial was set.

There will be cases in which the date set for the trial or the place where the case will be tried will affect the accused's right to a full answer and defence. This will be true, for example, when on the date set for trial the accused is hospitalized or an important witness is absent. It is important for the individual to have the opportunity to make his case before the judge or the tribunal exercise their discretion in the matter.

I therefore cannot agree with respondents' view on this point.

I conclude that the hearing held on June 10, 1981 in Montréal, without prior notice to the parties and in their absence, and the decision rendered at that time, are void just as is the decision rendered by the Chief Judge to hold the hearing in Montréal rather than Amos or Val d'Or.

On ne pourrait en effet prétendre dans la présente instance que, comme il s'agissait uniquement de fixer la date d'un procès, la date antérieurement fixée ne l'étant que *pro forma*, le défaut de respecter la justice naturelle n'est pas suffisamment grave pour justifier le juge saisi de la requête d'autoriser la délivrance du bref.

Je rappelle que l'appelante faisait ici face à des plaintes pénales emportant des peines substantielles.

Par ailleurs, tout justiciable, quelle que soit l'importance du litige auquel il est partie, mais particulièrement lorsqu'il fait face à des accusations de nature pénale, a un droit strict au respect de ses droits et à l'observance de la loi en vertu de laquelle il est poursuivi.

S'il est exact, comme le soulignent les intimés, que le juge en chef avait le pouvoir de fixer la date et l'endroit où la cause serait instruite, cette discrétion ne va pas jusqu'à lui permettre de priver les parties du droit strict d'être présentes à l'audience, d'y être entendues et d'y faire valoir leurs arguments. Le respect de ces principes de justice naturelle s'imposait tant lors de la décision de tenir l'audience à Montréal plutôt qu'à Amos ou à Val d'Or que lors de la décision du même jour fixant la date du procès.

Il arrivera des cas où la date fixée pour le procès ou l'endroit où la cause sera instruite influera sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Ce sera le cas, par exemple, d'absence, d'hospitalisation etc., à la date fixée pour le procès d'un témoin important ou de l'accusé. Il est important que le justiciable puisse faire valoir ces motifs, quitte au juge ou au tribunal à user de sa discrétion par la suite.

Je ne saurais donc partager l'avis des intimés sur ce point.

Je conclus donc que l'audience tenue le 10 juin 1981 à Montréal, sans avis préalable aux parties et en leur absence, ainsi que la décision rendue à cette occasion sont nulles. De même, la décision rendue par le juge en chef de tenir cette audition à Montréal plutôt qu'à Amos ou à Val d'Or.

Accordingly, I consider that the Superior Court was correct in concluding, at the stage of authorizing the issuance of a writ of summons that the facts alleged justified the conclusions sought as regards the hearing held in Montréal on June 10, 1981.

This leads to the consideration of appellant's third argument, which, this time, concerns the hearing of June 10, 1981, at the Val d'Or Court-house, the date and place set *pro forma* for the trial.

(c) *Loss of Jurisdiction*

The question before this Court can then be stated as follows:

Does the failure to proceed at Val d'Or on June 10, 1981, where "nothing was done", amount to a loss of jurisdiction of the tribunal or of the judge?

The Court of Appeal, which regarded the setting of the trial date as a purely administrative act, answered this question in the negative.

Does the fact that such is not the case (*Franklin v. The Queen, supra*), but that it is rather a procedural defect, warrant a different answer?

I should note in passing that the distinction which formerly existed between loss of jurisdiction over the person and over the offence has been questioned (*Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597). That distinction is not at issue here.

To go back to the question at issue, *Trenholm v. Attorney-General of Ontario*, [1940] S.C.R. 301, established that a procedural defect exists when the date of the adjournment or remand passes "without anything happening". This is the case here, as nothing happened at Val d'Or on June 10, 1981, the date and place to which the trial was adjourned and on which it was to be held, the hearing in Montréal on the same day having been held without jurisdiction of the judge or of the tribunal.

In *Doyle v. The Queen, supra*, this Court referred to *Trenholm* as follows, at pp. 608-9:

J'estime donc que la Cour supérieure a eu raison de conclure, au stade de la réception de la requête en évocation, que les faits allégués justifiaient les conclusions recherchées eu égard à l'audience tenue à Montréal le 10 juin 1981.

Ceci nous amène à discuter du troisième moyen soulevé par l'appelante qui a trait, cette fois, à l'audience du 10 juin 1981 au Palais de justice de Val d'Or, date et endroit auxquels avait été fixé le procès *pro forma*.

c) *La perte de juridiction*

La question dont la Cour est saisie peut donc être formulée comme suit:

Le défaut de procéder à Val d'Or le 10 juin 1981 où «rien ne s'est fait» entraîne-t-il perte de juridiction du tribunal ou du juge?

Considérant la fixation de la date du procès comme un acte de pure administration, la Cour d'appel a répondu par la négative.

Étant par ailleurs établi que tel n'est pas le cas (*Franklin c. La Reine*, précité), mais au contraire un vice de procédure, la réponse à cette question en est-elle pour autant différente?

J'ouvre ici une parenthèse pour souligner que la distinction jadis existante entre la perte de juridiction sur la personne et sur l'infraction a été remise en question (*Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597). Cette distinction n'est pas en cause en l'espèce.

Revenant à la question qui nous occupe, l'arrêt *Trenholm v. Attorney-General of Ontario*, [1940] R.C.S. 301, a établi qu'il y a vice de procédure lorsque le jour de l'ajournement ou du renvoi est passé «sans que rien ne se fasse». C'est le cas en l'espèce, car, à Val d'Or le 10 juin 1981, date à laquelle le procès a été ajourné et là où il devait se tenir, il ne s'est rien passé, l'audience tenue ce même jour à Montréal l'ayant été sans juridiction du juge ou du tribunal.

Dans l'arrêt *Doyle c. La Reine*, précité, cette Cour fait référence à l'arrêt *Trenholm* en ces termes, aux pp. 608 et 609:

... the principle governing the present case is to be derived from the judgment of this Court in *Trenholm v. Attorney General of Ontario*, [1940] S.C.R. 303, where the date to which the appellant had been remanded had passed with nothing having been done and it was held that the information lapsed and no further process could be taken pursuant to it.

and 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*, *supra*.

More recently, in *R. v. Krannenburg*, [1980] 1 S.C.R. 1053, in which the court had not sat and nothing had been done at the time and place set for trial, Dickson J. (as he then was) commented on *Trenholm* and *Doyle* (at pp. 1056, 1058-59 and 1061):

In a more recent judgment of this Court, *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597, *Trenholm* was affirmed. Where a court fails to proceed with a hearing, jurisdiction over the information charging the accused with the offence is lost, and thereafter "that information is to be treated as if it had never been laid": per Ritchie J. at p. 610.

... *Doyle* did nothing to erode the view expressed in *Trenholm* that when the assigned date passes, without action taken, jurisdiction is lost. *Doyle* had the effect of recognizing a like loss of jurisdiction when there has been an irregular adjournment or remand.

The problem in the instant case was not one of contravention of the requisities [*sic*] of the *Code* relating to adjournments. There was no failure to comply with any provision of the *Code*. The imbroglia arose because the court failed to appear and nothing was done at the time and place set for trial.

... le principe applicable en l'espèce est celui que cette Cour a formulé dans l'affaire *Trenholm c. Le procureur général de l'Ontario*, [1940] R.C.S. 303, où rien n'avait été fait jusqu'après la date à laquelle la comparution de l'appellant avait été reportée. La Cour a conclu que la dénonciation était périmée et qu'aucune autre procédure ne pouvait être instituée en vertu de celle-ci.

puis 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*, précité.

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Krannenburg*, [1980] 1 R.C.S. 1053, où la cour n'avait pas siégé et où rien n'avait été fait à l'heure et à l'endroit fixés pour le procès, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) commente les arrêts *Trenholm* et *Doyle* (aux pp. 1056, 1059 et 1061):

Un arrêt plus récent de cette Cour, *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597, confirme l'arrêt *Trenholm*. Lorsqu'une cour ne procède pas à une audition, elle perd juridiction sur la dénonciation inculquant le prévenu de l'infraction et «la dénonciation en question doit être considérée comme n'ayant jamais été faite»; le juge Ritchie à la p. 610.

... Rien dans l'arrêt *Doyle* ne mine l'opinion exprimée dans *Trenholm* que, lorsque la date fixée passe sans qu'aucune mesure soit prise, il y a perte de juridiction. L'arrêt *Doyle* a eu pour effet de reconnaître une perte semblable de juridiction lorsqu'il y a eu un ajournement ou un renvoi irrégulier.

Il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une question de violation des exigences du *Code* en matière d'ajournement. Il n'y a pas eu défaut de se conformer aux dispositions du *Code*. L'imbroglia provient de ce que la cour n'a pas siégé et que rien n'a été fait à l'heure et à l'endroit fixés pour le procès.

In the case of *Doyle*, the Court evidenced, as I have indicated, a willingness to abandon the distinction between loss of jurisdiction over the person (as in improper adjournments) and loss of jurisdiction over the offence (as in a failure to proceed). Section 440.1, however, cannot be interpreted as embracing both eventualities. It is not so worded as to save jurisdiction over the offence when the court has not acted. The *Trenholm* decision, affirmed in *Doyle*, governs this appeal.

The decision of the Labour Court in *Caron v. Michaud*, [1981] T.T. 186, is to the same effect (at p. 194):

[TRANSLATION] However, the foregoing decisions dealing with both indictable offences and summary offences are not subject to the eight-day deadline as provided in these cases. *Those decisions are based on the fact that failure to act on the day fixed means there ceases to be anything to be tried or any charge, and this leads to the serious consequence of loss of jurisdiction over the offence, specifically over the information.*

*It thus appears that the failure of the court to act in the case at bar leads to a loss of jurisdiction and the first objection of the accused is accordingly correct.*

Though in *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985, the Court noted that reasonable latitude in procedural matters is desirable in proceedings arising on indictment, here nothing happened.

While it is true that the stricter requirements on criminal offences cannot be transposed to summary offences, the fact remains that the provisions of the *Labour Code* and the *Summary Convictions Act* applicable thereto provide only for remedies to procedural irregularities.

Contrary to what the Court of Appeal held, we are not faced here with an adjournment for more than fifteen days or a discretionary adjournment (s. 45(1) of the *Summary Convictions Act*), but with a failure to act on the date set for trial, even though that date was only set *pro forma*.

In addition, this case does not involve irregularities as to substance and form (ss. 65 and 66 of the *Summary Convictions Act*), but is rather a departure of a fundamental nature which neither the

Dans l'arrêt *Doyle*, la Cour a manifesté, comme je l'ai indiqué, une volonté d'abandonner la distinction entre la perte de juridiction sur la personne (comme dans le cas d'ajournements irréguliers) et la perte de juridiction sur l'infraction (comme dans le cas d'un défaut d'agir). Cependant on ne peut interpréter l'art. 440.1 comme s'appliquant à ces deux éventualités. Il n'est pas formulé de façon à protéger la juridiction sur l'infraction lorsque la cour n'a pas agi. C'est l'arrêt *Trenholm*, confirmé dans l'arrêt *Doyle*, qui détermine l'issue du présent pourvoi.

La décision *Caron c. Michaud*, [1981] T.T. 186, du Tribunal du travail est au même effet (à la p. 194):

Cependant, les décisions précitées tant en matière d'acte criminel qu'en matière d'infraction criminelle ne sont pas fonction du délai de huit jours comme tel prévu dans ces cas. *Ces décisions sont fondées sur le fait qu'un défaut d'agir au jour fixé signifie qu'il n'y a plus matière à procès ni à accusation et cela entraîne une conséquence grave, soit la perte de juridiction sur l'infraction, plus précisément sur la dénonciation.*

*Il paraît donc que le défaut d'agir du tribunal dans le présent cas entraîne une perte de juridiction et que la première objection du prévenu est donc bien fondée.*

Même si dans l'arrêt *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985, on a indiqué qu'une latitude raisonnable sur le plan de la procédure est souhaitable dans les procédures qui font suite à un acte d'accusation, ici rien ne s'est passé.

S'il est vrai qu'on ne saurait transposer les exigences, plus strictes en matière d'acte criminel à des infractions pénales, il n'en reste pas moins que les dispositions du *Code du travail* et de la *Loi sur les poursuites sommaires* qui s'y appliquent ne permettent que de remédier à des irrégularités de procédure.

Contrairement à ce qu'affirme la Cour d'appel, il ne s'agit pas ici d'un ajournement à plus de 15 jours ou d'ajournement à discrétion (art. 45(1) de la *Loi sur les poursuites sommaires*), mais d'un défaut d'agir à la date fixée pour le procès, même si cette date n'était fixée que *pro forma*.

Il ne s'agit pas non plus d'irrégularités quant au fond et à la forme (art. 65 et 66 de la *Loi sur les poursuites sommaires*), mais bien d'une dérogation de nature fondamentale que ne couvrent pas

*Labour Code* nor the *Summary Convictions Act* covers or purports to cover.

If such a departure as we find here were to be regarded merely as an irregularity of form, one can readily imagine the disastrous consequences that would ensue if, for example, an accused was imprisoned and nothing was done on the day scheduled for his trial.

I accordingly conclude that the failure to proceed on the date set at Val d'Or on June 10, 1981, resulted in respondents' loss of jurisdiction.

For these reasons, I would allow the appeal without costs, quash the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the Superior Court.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Cliche & Cliche, Val d'Or.*

*Solicitors for the respondents: Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

et n'ont pas pour but de couvrir tant le *Code du travail* que la *Loi sur les poursuites sommaires*.

S'il fallait considérer une telle dérogation comme une simple irrégularité, on peut imaginer les conséquences désastreuses de cette façon d'agir si, par exemple, l'inculpé était incarcéré et que rien ne se faisait au jour fixé pour le procès.

J'en viens donc à la conclusion que le défaut de procéder à la date fixée à Val d'Or le 10 juin 1981 a entraîné la perte de juridiction des intimés.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi sans frais, j'infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appellant: Cliche & Cliche, Val d'Or.*

*Procureurs des intimés: Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

**T. V.-F. and D. F. Appellants**

v.

**G. C. Respondent**

INDEXED AS: C.(G.) v. V.-F.(T.)

File No.: 20257.

1987: June 11; 1987: September 17.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Family law — Child custody — Parental authority — Condition for awarding custody to third person — Whether serious cause exists, within meaning of art. 654 C.C.Q., for partial deprivation of the person having parental authority by divesting him of his custody right — Whether criterion of child's interest stated in art. 30 C.C.L.C. allows the exercise of custody to be awarded to person having parental authority — Whether the distinction between "physical" custody and "legal" custody accepted in the civil law of Quebec.*

*Judgments and orders — Res judicata — Child custody — Dismissal of motion for custody of children submitted by third person — New facts — New motion for custody allowed — Judgment concerning children reviewable at any time whenever circumstances so justify.*

In 1981, the respondent's wife filed for divorce and, with the respondent's consent, obtained interim custody of two children then thirteen and twelve years old. In 1983, knowing she was suffering from a terminal illness, the mother entrusted the care of her children to her sister and brother-in-law, the appellants at bar. After the mother's death, the appellants refused to relinquish the children to the respondent. The latter then took *habeas corpus* proceedings and the appellants replied with a motion seeking "physical" custody of the children. The *habeas corpus* application was allowed by the Superior Court and the appellants' motion dismissed. The judge noted that the children had lived with their uncle and aunt for only three and a half months and that the evidence disclosed no serious cause for denying custody to the father. There was no appeal from this judgment and the appellants handed the children over to respondent. When the children returned to their father's home, they ran away several times to live with the appellants. Two and a half months after the first judg-

**T. V.-F. et D. F. Appelants**

c.

**G. C. Intimé**

RÉPERTORIÉ: C.(G.) c. V.-F.(T.)

N° du greffe: 20257.

1987: 11 juin; 1987: 17 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit de la famille — Garde d'enfants — Autorité parentale — Condition d'attribution de la garde à un tiers — Existe-t-il un motif grave au sens de l'art. 654 C.c.Q. qui permette de prononcer la déchéance partielle du titulaire de l'autorité parentale en lui retirant son droit de garde? — Le critère de l'intérêt de l'enfant énoncé à l'art. 30 C.c.B.-C. permet-il d'attribuer l'exercice de la garde à un tiers en l'absence d'un motif grave imputable au titulaire de l'autorité parentale? — La distinction entre la garde «physique» et la garde «légale» est-elle admise en droit civil québécois?*

*Jugements et ordonnances — Chose jugée — Garde d'enfants — Rejet de la requête pour garde d'enfants présentée par un tiers — Faits nouveaux — Nouvelle requête pour garde accueillie — Jugement relatif aux enfants révisable à tout moment lorsque les circonstances le justifient.*

En 1981, la femme de l'intimé demande le divorce et obtient provisoirement la garde des deux enfants alors âgés de 13 et 12 ans du consentement de l'intimé. En 1983, se sachant atteinte d'une maladie terminale, la mère confie ses enfants à sa sœur et à son beau-frère, les présents appelants. Après le décès de la mère, les appelants refusent de remettre les enfants à l'intimé. Ce dernier entame alors des procédures d'*habeas corpus* et les appelants répliquent par une requête demandant la garde «physique» des enfants. La demande d'*habeas corpus* est accueillie par la Cour supérieure et la requête des appelants est rejetée. Le juge note que les enfants habitent chez leur oncle et tante depuis trois mois et demi seulement et que la preuve ne révèle pas de motifs graves qui auraient permis de refuser la garde au père. Il n'y a pas d'appel de ce jugement et les appelants remettent les enfants à l'intimé. Lors de la reprise de la cohabitation familiale, les enfants s'enfuient à de nombreuses reprises pour se réfugier chez les appelants. Deux mois et demi après le premier jugement, les appe-



ment, the appellants filed a new motion for "physical" custody of the children. The motion was allowed. The trial judge rejected the argument of *res judicata* given the presence of new facts subsequent to the first judgment and considered that the evidence presented was sufficient to rebut the presumption of the father's right to custody. Basing his conclusion in part on the psychological report entered in evidence, he concluded that in view of the circumstances it would be contrary to the children's interest to award custody to the father. This decision was set aside by a majority judgment of the Court of Appeal. The majority of the Court held that the first judgment concerning the custody of the children had the authority of *res judicata* between the parties. The Court of Appeal pointed out that bad relations had existed between the father and his children from childhood and that the only new fact was the filing of the psychologist's report. On the merits, it concluded that the award of custody to a third person resulted in partial deprivation of parental authority and it considered that proof of serious cause for deprivation within the meaning of art. 654 C.C.Q. had not been made. In the Supreme Court, the appellants asked that the trial judgment be restored but the pronouncement be varied so as to award them both "legal" and "physical" custody of the children. They submitted that the evidence disclosed the existence of "serious cause" for which respondent should be partially deprived of his parental authority by divesting him of his right to custody. They argued that such evidence is provided here by respondent's inability to develop the usual ties of affection with his children.

*Held:* The appeal should be allowed.

#### (1) *Res Judicata*

The first judgment of the Superior Court, authorizing issuance of the writ of *habeas corpus* and dismissing the appellants' application for custody, did not have the authority of *res judicata*. It is of the essence of decisions concerning children that the decisions may be reviewed at any time, whenever circumstances so justify. In the case at bar, the evidence disclosed that the filing of the psychologist's report was not the only new fact subsequent to the first judgment. The inability of the children to adapt to family life with their father is a new circumstance warranting the filing of another motion for custody by the appellants.

#### (2) *Deprivation of Parental Authority*

Whether total or partial, deprivation of parental authority means not only that the person be precluded from exercising the attributes of parental authority, but

lants font une nouvelle requête pour obtenir la garde «physique» des enfants. La requête est accueillie. Le juge de première instance écarte l'argument de la chose jugée en raison de la survenance de faits nouveaux postérieurs au premier jugement et est d'avis que la preuve soumise suffit à renverser la présomption en faveur du droit de garde du père. Se basant en partie sur le rapport psychologique mis en preuve, il conclut qu'il serait contraire à l'intérêt des enfants d'en remettre la garde au père dans les circonstances. Cette décision est infirmée par un arrêt majoritaire de la Cour d'appel. La majorité de la Cour estime que le premier jugement relatif à la garde des enfants a l'autorité de la chose jugée entre les parties. Elle souligne que les mauvaises relations entre le père et ses enfants existaient dès l'enfance et que le seul fait nouveau consiste dans le dépôt du rapport du psychologue. Sur le fond du litige, elle conclut que l'attribution de la garde à un tiers entraîne la déchéance partielle du titulaire de l'autorité parentale et elle considère que la preuve de motifs graves de déchéance au sens de l'art. 654 C.c.Q. n'est pas apportée. En Cour suprême, les appelants demandent de rétablir le jugement de première instance, mais d'en modifier le dispositif pour leur accorder la garde tant «légale» que «physique» des enfants. Ils soumettent que la preuve révèle l'existence d'un «motif grave» qui permet de prononcer la déchéance partielle de l'autorité parentale de l'intimé en lui retirant son droit de garde. Cette preuve découlerait en l'espèce de l'incapacité de l'intimé de développer des liens affectifs véritables avec ses enfants.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

#### (1) *La chose jugée*

Le premier jugement de la Cour supérieure qui autorise la délivrance du bref d'*habeas corpus* et rejette la requête pour garde des appelants n'a pas l'autorité de la chose jugée. Il est de l'essence des décisions qui concernent les enfants d'être révisables à tout moment lorsque les circonstances le justifient. En l'espèce, la preuve révèle que la production du rapport du psychologue n'est pas le seul fait nouveau depuis le premier jugement. L'incapacité des enfants de s'adapter à la cohabitation familiale avec leur père est une nouvelle circonstance qui justifie la présentation par les appelants d'une deuxième requête pour garde.

#### (2) *La déchéance de l'autorité parentale*

Qu'elle soit totale ou partielle, la déchéance n'entraîne pas seulement la perte de l'exercice des attributs de l'autorité parentale, mais également la perte de l'auto-

also entails the loss of the authority itself which then ceases to be vested in the holder. It can only be ordered for serious cause and in the interest of the child. Deprivation of parental authority amounts to a value judgment in respect of its holder's conduct. A person cannot be even partially deprived unless it be concluded that he or she has been guilty, by action or inaction, of a serious and unjustified failure to perform the parental duty. Partial deprivation takes away the right of custody itself from the holder whereas the attribution of custody to a third person pursuant to art. 30 *C.C.L.C.* can only modify the exercise of the right. Thus, a parent who has not been deprived continues to care for his or her child at his or her home during certain weekends and during long holidays. In the case at bar, though the evidence showed clearly that it is not in the children's interest for them to continue living with their father and it is in their interest to live with appellants, the facts of the case did not show serious cause requiring the partial deprivation of respondent. The "affectional" incapacity referred to by appellants does not constitute "serious cause" within the meaning of art. 654 *C.C.Q.*, given that it is not deliberate and has not taken the form of abandonment.

The application for partial deprivation of respondent is without basis for another reason. Article 654 *C.C.Q.* provides that evidence of serious cause will not suffice to deprive a person having parental authority: it must also be shown that such a measure is in the child's interest. The evidence of the latter requirement was not presented. Though they may appear slim in the short term, it is important in the interest of the children and of the father not to compromise the chances of a long-term reconciliation.

Finally, the award of custody of a child to a third person does not entail the deprivation, even the partial deprivation, of the person having parental authority. The seriousness of deprivation and its formal nature rule out the possibility of its being implicitly imposed. It must be "declared", in other words imposed expressly, as provided in art. 654 *C.C.Q.*

### (3) *Child's Interest as Criterion for Award of Custody to Third Person*

A third person can obtain custody of a child without applying to have the person having parental authority deprived of that authority. Article 30 *C.C.L.C.*, which makes the child's interests the determining factor in decisions concerning it, authorizes a court to award custody of a child to a third person when the award is made for the child's well-being, even in the absence of any wrongful behaviour on the part of the person having

rité elle-même dont le titulaire cesse alors d'être investi. Elle ne peut être prononcée que pour un motif grave et dans l'intérêt de l'enfant. La déchéance de l'autorité parentale constitue un jugement de valeur sur la conduite du titulaire. On ne peut prononcer la déchéance d'une personne, même partiellement, sans conclure qu'elle a commis, par action ou abstention, un manquement grave et injustifié à son devoir de parent. Tandis que la déchéance partielle enlève au titulaire le droit de garde lui-même, l'attribution de la garde à un tiers en application de l'art. 30 *C.c.B.-C.* ne permet que d'en aménager l'exercice. C'est ainsi que le parent non déchu continue de pouvoir héberger son enfant durant certaines fins de semaine et durant les longs congés. Dans la présente cause, même si la preuve révèle nettement qu'il est contraire à l'intérêt des enfants de continuer à demeurer avec leur père et qu'il est dans leur intérêt de demeurer chez les appelants, les faits de cette cause ne démontrent pas un motif grave qui doit entraîner la déchéance partielle de l'intimé. L'incapacité «affective» à laquelle les appelants se réfèrent ne constitue pas un «motif grave» au sens de l'art. 654 *C.c.Q.* d'autant qu'elle est involontaire et qu'elle ne se traduit pas par un abandon.

La demande de déchéance partielle de l'intimé est mal fondée à un autre point de vue. L'article 654 *C.c.Q.* précise qu'il ne suffit pas d'apporter la preuve d'un motif grave pour prononcer la déchéance du titulaire de l'autorité parentale: il faut de plus qu'il soit prouvé qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de recourir à cette mesure. Cette preuve n'a pas été apportée. Même si elles apparaissent minces à court terme, il est important, dans l'intérêt des enfants et du père, de ne pas compromettre les chances de réconciliation à plus long terme.

Finalement, l'attribution à un tiers de la garde d'un enfant n'emporte pas la déchéance, même partielle, du titulaire de l'autorité parentale. La gravité de la déchéance et son caractère formel interdisent qu'elle puisse être déclenchée de façon implicite. Elle doit être «prononcée», c'est-à-dire décrétée expressément comme le stipule l'art. 654 *C.c.Q.*

### (3) *L'intérêt de l'enfant en tant que critère d'attribution de la garde à un tiers*

Un tiers peut obtenir la garde d'un enfant sans demander la déchéance du titulaire de l'autorité parentale. L'article 30 *C.c.B.-C.* qui fait de l'intérêt de l'enfant le motif déterminant des décisions prises à son sujet permet d'attribuer la garde d'un enfant à un tiers lorsqu'il y va de son bien-être, en l'absence même de tout comportement fautif du titulaire de l'autorité parentale. Le tiers qui entend obtenir la garde d'un enfant doit

parental authority. A third person who wishes to obtain custody of a child must rebut the presumption to the effect that the parent is in a better position to ensure his own child's well-being. The third person must establish on a balance of probabilities that the development of the child is likely to be compromised if he or she remains with the father or mother or returns to live with them. He must also show that, unlike the person having parental authority, he is able to provide the care and affection needed by the child. Finally, though the award of custody to a third person means that a part of parental authority, for the purposes of the exercise of that part, is lost to the non-custodial parent, this dividing up of the exercise of parental authority does not result in the loss by such a parent of the status of person having parental authority. So far as possible, the decision giving custody of the child to a third person must seek to encourage, by awarding visiting rights and the right to care for the child at the parent's home, the return of the child to its family surroundings or, if that is not possible, to re-establish more harmonious relations. In the case at bar, the evidence amply supported the conclusion of the trial judge that the presumption in favour of the person having parental authority had been rebutted. The evidence showed clearly that in the present circumstances, it is impossible for the two young people to return to live with their father and, furthermore, that appellants are able to exercise custody of the two children properly.

The distinction between "physical" and "legal" custody is rejected. This distinction, originating in decisions of the courts, is not recognized by the *Civil Code*. The civil law concept of custody necessarily includes the presence of the child.

#### Cases Cited

**Considered:** *Ménard v. Ménard*, J.E. 81-882 C.A., aff'g [1981] C.S. 50; *Legault v. Figueroa*, [1978] C.A. 82; *Gohier-Desfossés v. Gohier*, J.E. 79-23; *Droit de la famille—86*, [1983] C.S. 1017; *Droit de la famille—110*, [1984] C.S. 99; *Droit de la famille—228*, [1985] C.S. 808; **referred to:** *Droit de la famille—52*, [1983] C.A. 388; *Droit de la famille—236*, [1985] C.A. 566; *Droit de la famille—32*, [1983] C.S. 79; *Droit de la famille—130*, [1984] C.A. 184; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, April 14, 1982, *Bull.* 1982, I, No. 125, p. 110 (*Vidal case*); *Droit de la famille—77*, [1983] C.S. 692; *Droit de la famille—195*, [1985] C.S. 349; *S.A. v. J.-C.L.*, [1986] R.L. 587; *Hébert v. Landry*, [1975] C.A. 108.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act to establish a new Civil Code and to reform family law*, S.Q. 1980, c. 39.

renverser la présomption qui veut qu'un parent est mieux en mesure d'assurer le bien-être de son enfant. Il doit établir de façon prépondérante que le développement ou l'épanouissement de l'enfant risque d'être compromis s'il demeure chez son père ou sa mère ou s'il retourne y vivre. Le tiers doit au surplus démontrer qu'il est capable, contrairement au titulaire de l'autorité parentale, de procurer les soins et l'affection qui sont nécessaires à cet enfant. Enfin, même si l'attribution de la garde à un tiers signifie qu'une parcelle de l'autorité parentale échappe, quant à son exercice, au parent non gardien, ce démembrement de l'exercice de l'autorité parentale ne lui fait pas perdre sa qualité de titulaire de l'autorité parentale. Dans la mesure du possible, la décision qui confie la garde à un tiers doit tendre à favoriser, par l'attribution de droits de visite et d'hébergement, le retour de l'enfant dans son milieu familial ou, à défaut, le rétablissement de relations plus harmonieuses. En l'espèce, la preuve appuie amplement la conclusion du juge de première instance selon laquelle la présomption en faveur du titulaire de l'autorité parentale a été renversée. La preuve démontre clairement que, vu les circonstances actuelles, il est impossible pour les deux adolescents de retourner vivre chez leur père et que les appelants sont en mesure d'exercer convenablement la garde des deux enfants.

La distinction entre la garde «physique» et la garde «légale» doit être rejetée. Cette distinction d'origine jurisprudentielle n'est pas reconnue dans le *Code civil*. Le concept civiliste de la garde est indissociable de la présence de l'enfant.

#### g Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *Ménard c. Ménard*, J.E. 81-882 C.A., conf. [1981] C.S. 50; *Legault c. Figueroa*, [1978] C.A. 82; *Gohier-Desfossés c. Gohier*, J.E. 79-23; *Droit de la famille—86*, [1983] C.S. 1017; *Droit de la famille—110*, [1984] C.S. 99; *Droit de la famille—228*, [1985] C.S. 808; **arrêts mentionnés:** *Droit de la famille—52*, [1983] C.A. 388; *Droit de la famille—236*, [1985] C.A. 566; *Droit de la famille—32*, [1983] C.S. 79; *Droit de la famille—130*, [1984] C.A. 184; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 avril 1982, *Bull.* 1982, I, n° 125, p. 110 (arrêt *Vidal*); *Droit de la famille—77*, [1983] C.S. 692; *Droit de la famille—195*, [1985] C.S. 349; *S.A. c. J.-C.L.*, [1986] R.L. 587; *Hébert c. Landry*, [1975] C.A. 108.

#### Lois et règlements cités

*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 39 [repl. 1980, chap. 39, art. 61], 47.

- Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12, ss. 39 [repl. 1980, c. 39, s. 61], 47.
- Civil Code of Lower Canada*, arts. 30 [ad. 1980, c. 39, s. 3], 56.3 [ad. *idem*, s. 7], 83 [ad. *idem*, s. 12], 119, 245 [rep. *idem*, s. 14].
- Civil Code of Quebec*, arts. 439, 443, 466, 528, 535, 536.1, 568, 569, 570, 611, 647, 648, 649, 653, 654, 658.
- Code of Civil Procedure*, R.S.Q. 1977, c. C-25 [am. 1982, c. 17, s. 29], arts. 813.3 [am. 1983, c. 50, s. 7], 813.8 [am. 1984, c. 26, s. 20], 816, 816.1, 822.2., 822.3, 826 to 826.3.
- Health Protection Act*, R.S.Q. 1977, c. P-35, ss. 42, 43.
- Youth Protection Act*, R.S.Q., c. P-34.1 [formerly S.Q. 1977, c. 20], ss. 3 [repl. 1984, c. 4, s. 5], 4 [repl. *idem*].
- Code civil du Bas-Canada*, art. 30 [aj. 1980, chap. 39, art. 3], 56.3 [aj. *idem*, art. 7], 83 [aj. *idem*, art. 12], 119, 245 [abr. *idem*, art. 14].
- Code civil du Québec*, art. 439, 443, 466, 528, 535, 536.1, 568, 569, 570, 611, 647, 648, 649, 653, 654, 658.
- Code de procédure civile*, L.R.Q. 1977, chap. C-25 [mod. 1982, chap. 17, art. 29], art. 813.3 [mod. 1983, chap. 50, art. 7], 813.8 [mod. 1984, chap. 26, art. 20], 816, 816.1, 822.2, 822.3, 826 à 826.3.
- Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, chap. 39.
- Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., chap. P-34.1 [auparavant L.Q. 1977, chap. 20], art. 3 [rempl. 1984, chap. 4, art. 5], 4 [rempl. *idem*].
- Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q. 1977, chap. P-35, art. 42, 43.

#### Authors Cited

- Deleury, Édith et Michèle Rivest. «Du concept d'abandon, du placement en famille d'accueil et de la tutelle du directeur de la protection de la jeunesse: quelques interrogations à propos du transfert des prérogatives de l'autorité parentale à une autre personne que les père et mère» (1980), 40 *R. du B.* 483.
- Joyal, Renée. *Précis de droit des jeunes*. Montréal: Yvon Blais, 1986.
- Joyal-Poupart, Renée. «La loi 89 et l'autorité parentale» (1982), 13 *R.G.D.* 97.
- Kélada, Henri. *Précis de droit privé québécois*. Montréal: SOQUIJ, 1986.
- Knoppers, Bartha Maria. «From Parental Authority to Judicial Interventionism: The New Family Law in Quebec». In *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective*. Edited by K. Connell-Thouez and B. M. Knoppers. Toronto: Carswells, 1984, pp. 205-222.
- L'Heureux-Dubé, Claire. «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835.
- Marty, Gabriel et Pierre Raynaud. *Droit civil: les personnes*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: Sirey, 1976.
- Mazeaud, Henri et Léon et Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 3, 6<sup>e</sup> éd. par Michel de Juglart. Paris: Montchrestien, 1976.
- Pineau, Jean. *La famille: droit applicable au lendemain de la «Loi 89»*. Montréal: P.U.M., 1983.
- Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code: Commentaries*, vol. II, t. 1. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code: Draft Civil Code*, vol. I. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Senécal, J.-P. «La filiation et la déchéance de l'autorité parentale» (1982-83), 78 *F.P. du B.* 83.

#### Doctrine citée

- <sup>d</sup> Deleury, Édith et Michèle Rivest. «Du concept d'abandon, du placement en famille d'accueil et de la tutelle du directeur de la protection de la jeunesse: quelques interrogations à propos du transfert des prérogatives de l'autorité parentale à une autre personne que les père et mère» (1980), 40 *R. du B.* 483.
- <sup>e</sup> Joyal, Renée. *Précis de droit des jeunes*. Montréal: Yvon Blais, 1986.
- Joyal-Poupart, Renée. «La loi 89 et l'autorité parentale» (1982), 13 *R.G.D.* 97.
- <sup>f</sup> Kélada, Henri. *Précis de droit privé québécois*. Montréal: SOQUIJ, 1986.
- Knoppers, Bartha Maria. «From Parental Authority to Judicial Interventionism: The New Family Law in Quebec». In *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective*. Edited by K. Connell-Thouez and B. M. Knoppers. Toronto: Carswells, 1984, pp. 205-222.
- L'Heureux-Dubé, Claire. «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835.
- Marty, Gabriel et Pierre Raynaud. *Droit civil: les personnes*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: Sirey, 1976.
- <sup>h</sup> Mazeaud, Henri et Léon et Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 3, 6<sup>e</sup> éd. par Michel de Juglart. Paris: Montchrestien, 1976.
- Pineau, Jean. *La famille: droit applicable au lendemain de la «Loi 89»*. Montréal: P.U.M., 1983.
- <sup>i</sup> Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec: Commentaires*, vol. II, t. 1. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil*, vol. I. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- <sup>j</sup> Senécal, J.-P. «La filiation et la déchéance de l'autorité parentale» (1982-83), 78 *F.P. du B.* 83.

Simler, Philippe. «La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)» (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 9 (*sub nom. Droit de la famille—320*), 4 Q.A.C. 39 (*sub nom. C. v. F. and F.*), which reversed a judgment of the Superior Court<sup>1</sup>. Appeal allowed.

*Pierre-François Mailhot*, for the appellants.

*Luce Dionne*, for the children.

*Émile Colas, Q.C.*, and *Sylvie Sarrazin*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—The appeal concerns the conditions under which the custody of a child is awarded to a third person in Quebec civil law.

#### I. Facts and Proceedings

The principal facts are not in dispute. The majority judgment of the Court of Appeal stated them as follows, *sub nom. Droit de la famille—320*, [1987] R.J.Q. 9, at pp. 11-12:

[TRANSLATION] Appellant G... C... married O... V... on July 2, 1966. Three children were born of this marriage: P... on March 10, 1967; H... on September 14, 1970; and X... on August 23, 1971.

At the time of the judgment of November 29, 1984 [the judgment *a quo*], the three children were still minors but the eldest, P..., lived in France with his maternal grandparents and was not affected by the action.

In 1981, O... V... filed for divorce and obtained interim custody of H... and X... with the father's consent. He also consented to his wife and the children occupying the family home. The same consent gave him visiting and outing rights. This consent was approved by an interim order.

Knowing that she was suffering from a terminal illness, the mother left Canada in July 1983 to return and die in her native land. She died in France on November 23, 1983. Before dying she entrusted the care of her children H... and X... to her sister and brother-in-

<sup>1</sup> Mtl. Sup. Ct., No. 500-05-000914-844, November 29, 1984, Meyer J.

Simler, Philippe. «La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)» (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 9 (*sub nom. Droit de la famille—320*), 4 Q.A.C. 39 (*sub nom. C. v. F. and F.*), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure<sup>1</sup>. Pourvoi accueilli.

*Pierre-François Mailhot*, pour les appelants.

*Luce Dionne*, pour les enfants.

*Émile Colas, c.r.*, et *Sylvie Sarrazin*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Le pourvoi porte sur les conditions d'attribution de la garde d'un enfant à un tiers en droit civil québécois.

#### I. Les faits et les procédures

Les faits principaux ne sont pas contestés. Voici comment les relate l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel, *sub nom. Droit de la famille—320*, [1987] R.J.Q. 9, aux pp. 11 et 12:

L'appelant G... C... a épousé O... V... le 2 juillet 1966. De ce mariage sont nés trois enfants: P... le 10 mars 1967; H... le 14 septembre 1970 et X... le 23 août 1971.

Lors du jugement du 29 novembre 1984, [le jugement frappé d'appel], les trois enfants étaient encore mineurs mais l'aîné P... vivait en France chez ses grands-parents maternels et n'était pas visé par les procédures.

En 1981 O... V... demande le divorce et obtient provisoirement la garde d'H... et X... par consentement du père. Ce dernier consent aussi à ce que son épouse et les enfants occupent le domicile familial. Par le même consentement, des droits de visite et de sortie lui sont consentis. Ce consentement est entériné par ordonnance provisoire.

Se sachant atteinte d'une maladie terminale, la mère quitte le Canada en juillet 1983 pour aller mourir dans son pays natal. Elle décède en France le 23 novembre 1983. Avant de mourir elle confie ses enfants H... et X...

<sup>1</sup> C.S. Mtl., n° 500-05-000914-844, 29 novembre 1984, le juge Meyer.

law, the respondents at bar. The divorce was never granted.

Upon refusal by the respondents to relinquish the children to him, the father took *habeas corpus* proceedings in early 1984 and the respondents replied with a motion seeking *physical custody* of the children. The *habeas corpus* application was heard on an urgent basis by Jean-Marie Brassard J.: he allowed it on March 16, 1984 and dismissed the respondents' motion. *There was no appeal from these judgments.*

The respondents then complied with Brassard J.'s judgment and returned the children to the appellant on March 25, 1984. The children, who were then thirteen and twelve years old, did not agree to this. On the first day they ran away to the respondents' home, but were again returned to the appellant's home on March 26. They again ran away.

On March 27, the respondents again returned them to the father, and the children again ran away. This time, however, the respondents refused to take them in and the police were obliged to intervene to get them back to the appellant's residence.

At the suggestion of the police, the father called in the services of the Protection de la jeunesse, which initiated an inquiry.

On May 4, the children again ran away. On May 7, a verbal agreement was reached in the office of the Centre des services sociaux du Montréal métropolitain between the appellant and the respondents to the effect that the children would remain with the latter for a month, while a psychosocial inquiry was being conducted.

Before the end of this moratorium the maternal grandparents, who reside in France, served a motion on the father asking that the children be authorized to spend two months of their holidays with them. The father opposed this request and the motion was dismissed by John Gomery J. on June 1.

The father reacted to this request by demanding that the children be returned to him before the end of the moratorium and began proceedings against the respondents for contempt of court. The respondents then filed a new motion for *physical custody* of the children.

On June 18, Zerbisias J. heard this motion by the respondents and the appellant's motion for contempt. She made an interim order the same day requiring the children to return to the father's home and compelling the respondents to assist in that return. She set hearing of the two actions for October 29 and 30 and appointed Ms. Luce Dionne to act as counsel for the children.

à sa sœur et son beau-frère, les présents intimés. Le divorce n'a jamais été prononcé.

Devant le refus des intimés de lui remettre les enfants, le père prend des procédures d'*habeas corpus* au début de 1984 et les intimés répliquent par une requête demandant la *garde physique* des enfants. La demande d'*habeas corpus* est entendue d'urgence par monsieur le juge Jean-Marie Brassard qui y fait droit le 16 mars 1984 et qui rejette la requête des intimés. *Il n'y a pas d'appel de ces jugements.*

Les intimés se conforment alors au jugement du juge Brassard et remettent les enfants à l'appellant le 25 mars 1984. Ceux-ci, alors âgés de 13 et 12 ans, ne l'entendent pas ainsi. Dès le premier jour, ils s'enfuient et se réfugient chez les intimés qui vont de nouveau les reconduire chez l'appellant le 26 mars. Nouvelle fugue des enfants.

Le 27 mars les intimés les remettent encore au père et les enfants s'enfuient de nouveau. Mais cette fois les intimés refusent de les recevoir et il faut l'intervention de la police pour qu'ils réintègrent le domicile de l'appellant.

À la suggestion des policiers, le père fait appel aux services de Protection de la jeunesse qui instituent une enquête.

Le 4 mai, les enfants s'enfuient de nouveau. Le 7 mai, au bureau du Centre des services sociaux du Montréal métropolitain, intervient une entente verbale entre l'appellant et les intimés pour que les enfants demeurent chez ceux-ci pendant un mois, le temps de compléter une enquête psychosociale.

Avant que ce moratoire ne prenne fin, les grands-parents maternels, domiciliés en France, font signifier au père une requête demandant que les enfants soient autorisés à passer deux mois de vacances avec eux. Le père s'oppose à cette demande et la requête est rejetée par monsieur le juge John Gomery le 1<sup>er</sup> juin.

Le père réagit à cette demande en exigeant la remise des enfants avant la fin du moratoire et entame contre les intimés des procédures pour outrage au tribunal. Les intimés font alors une nouvelle requête pour obtenir la *garde physique* des enfants.

Le 18 juin madame le juge Zerbisias est saisie de cette requête des intimés et de la requête de l'appellant pour outrage. Elle rend le jour même une ordonnance intérimaire pour obliger les enfants à retourner chez leur père et pour contraindre les intimés à faciliter ce retour. Elle fixe aux 29 et 30 octobre l'audition des deux procédures et désigne M<sup>e</sup> Luce Dionne pour agir comme procureur des enfants.

On July 12, 1984, Ms. Dionne privately commissioned Mrs. Paule Lamontagne, a psychologist, to evaluate the children's situation. This commission produced a long report dated October 25, 1984. The report was the principal basis on which Meyer J. awarded *physical custody* of the children to the respondents.

On October 22, the children again ran away from their father's home when they learned that hearing of the case had been postponed.

Following this latest running away, Tannenbaum J. of the Superior Court allowed the application for adjournment by counsel for the father and refused to order the appellants to return the children to their father until the motion had been decided. On November 29, 1984, Meyer J. allowed the appellants' motion and awarded them "physical" custody of H... and X... The pronouncement of the judgment reads as follows:

[TRANSLATION] AWARDS physical custody of the children H... and X... C... to T... V... -F... and D... F... ;

AWARDS legal custody to the father of the children, G... C... ;

GRANTS the father G... C... the following visiting and outing rights: a visit lasting a full weekend every three weeks, from Saturday at 9 a.m. to Sunday evening at 8 p.m., or longer if the children wish; and a week during the summer holidays, or longer if the children wish, provided Mr. C... gives one month's prior notice;

ORDERS that the school reports be given simultaneously to the F... and the father by the institutions attended by the children;

ORDERS that the father have complete freedom to write and telephone his children: the telephone to be used reasonably;

ORDERS provisional execution of this judgment notwithstanding appeal and without security.

The whole without costs.

Though this judgment was reversed by a majority of the Court of Appeal, the uncle and aunt have in fact continued to have custody of the children from the time of the running away on October 22, 1984, and the judgment delivered by Tannenbaum J. on October 29, 1984. At the hearing in this Court, H... and X... were sixteen and fifteen years old respectively.

Le 12 juillet 1984, M<sup>e</sup> Dionne confie à madame Paule Lamontagne, psychologue, le mandat privé d'évaluer la situation des enfants. Ce mandat donnera lieu à un long rapport daté du 25 octobre 1984. C'est principalement sur la foi de ce rapport que se fonde monsieur le juge Meyer pour accorder la *garde physique* des enfants aux intimés.

Le 22 octobre les enfants s'enfuient de nouveau du domicile de leur père en apprenant que l'audition de l'affaire est retardée.

Suite à cette nouvelle fugue, le juge Tannenbaum de la Cour supérieure, qui a accordé la demande de remise du procureur du père, refuse d'ordonner aux appelants de remettre les enfants à leur père en attendant le sort de la requête. Le 29 novembre 1984, le juge Meyer fait droit à la requête des appelants et leur accorde la garde «physique» de H... et X... Le dispositif du jugement se lit comme suit:

CONFIE la garde physique des enfants H... et X... C... à T... V...-F... et D... F... ;

CONFIE la garde légale au père des enfants G... C... ;

ACCORDE au père G... C... les droits de visites et de sortie suivants: une visite d'un weekend entier toutes les 3 semaines du samedi à 9:00 heures jusqu'au dimanche soir à 20:00 heures, ou plus si les enfants le désirent; une semaine pendant les vacances d'été, ou plus si les enfants le désirent, moyennant un pré-avis d'un mois par monsieur C... ;

ORDONNE la communication des bulletins scolaires simultanément au couple F... et au père par les institutions fréquentées par les enfants;

ORDONNE qu'il y ait une communication épistolaire et téléphonique libre entre le père et les enfants; le téléphone à être utilisé de façon raisonnable;

ORDONNE l'exécution provisoire du présent jugement nonobstant appel et sans cautionnement.

Le tout sans frais.

Bien que ce jugement ait été infirmé par l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel, l'oncle et la tante ont continué d'assumer en fait la garde des enfants depuis la fugue du 22 octobre 1984 et le jugement rendu par le juge Tannenbaum le 29 octobre 1984. À l'audition devant cette Cour, H... et X... étaient âgés respectivement de 16 et 15 ans.

## II. Judgments of Superior Court and Court of Appeal

The custody of the children was the subject of an initial judgment by the Superior Court in March 1984: *Droit de la famille—125*, [1984] C.S. 380. Brassard J. allowed the application for *habeas corpus* by the father and dismissed the motion for “physical” custody filed by the uncle and aunt. The judge noted that the children had lived with their uncle and aunt for only three and a half months and that the evidence disclosed no serious cause for denying custody to the father. Brassard J. observed that the uncle and aunt did not object to the children returning to live with their father and went on (at p. 383):

[TRANSLATION] . . . the Court finds that since September 8, 1981 the children have been under the influence of their mother, their maternal grandparents and their uncle and aunt and that this environment has perhaps unwittingly prevented them from exercising the free will of a person of full age or making a judicious choice. They have therefore been psychologically deprived of their freedom and art. 851 C.C.P. must be applied.

Two and a half months after this judgment, the appellants again filed a motion for “physical” custody of the children in the Superior Court. Meyer J. allowed the appellants’ motion and dismissed the motion for contempt of court filed by the father. Meyer J. rejected the argument of *res judicata* given the presence of new facts subsequent to the first judgment. He considered that the evidence presented sufficed to rebut the presumption of the father’s right to custody and that the children had in no way been subject to undue influence in making their decision. Meyer J. based his conclusion in part on the psychological report entered in evidence, and the passages referred to by him must be cited:

[TRANSLATION] We have two young teenagers involved in a very difficult family situation which affects their feelings, their social relations, their concentration at school and their academic performance . . . These are distressed young people, so devastated emotionally that they do not know whom to turn to, and they became a replacement for their father’s aggressive reaction to the separation from his wife, her subsequent departure and death.

## II. Les jugements de la Cour supérieure et l’arrêt de la Cour d’appel

La garde des enfants fait l’objet d’un premier jugement de la Cour supérieure au mois de mars 1984: *Droit de la famille—125*, [1984] C.S. 380. Le juge Brassard accorde la requête en *habeas corpus* intentée par le père et rejette la requête pour garde «physique» présentée par l’oncle et la tante. Le juge note que les enfants habitent chez leur oncle et tante depuis trois mois et demi seulement et que la preuve ne révèle pas de motifs graves qui auraient permis de refuser la garde au père. Après avoir souligné que l’oncle et la tante ne s’objectent pas à ce que les enfants retournent vivre chez leur père, le juge Brassard ajoute (à la p. 383):

. . . le Tribunal juge que les enfants ont été, depuis le 8 septembre 1981, sous l’influence de leur mère, de leurs grands-parents maternels, de leurs oncle et tante et que cet environnement les empêche, peut-être inconsciemment, d’exercer le libre arbitre d’une personne majeure ou un choix judicieux. Ils sont donc psychologiquement privés de leur liberté et l’article 851 C.P. doit s’appliquer.

Deux mois et demi après ce jugement, la Cour supérieure est saisie à nouveau d’une requête pour garde «physique» des enfants présentée par les appelants. Le juge Meyer accorde la requête des appelants et rejette la requête pour outrage au tribunal intentée par le père. Le juge Meyer écarte l’argument de la chose jugée en raison de la survenance de faits nouveaux postérieurs au premier jugement. Il est d’avis que la preuve soumise suffit à renverser la présomption en faveur du droit de garde du père et que les enfants n’ont aucunement été soumis à une influence indue dans leur décision. Le juge Meyer base sa conclusion en partie sur le rapport psychologique mis en preuve et il y a lieu de citer les extraits auxquels il se réfère:

Nous avons deux jeunes adolescents qui vivent une situation familiale très difficile qui affecte leur vie émotive, leurs relations sociales, leur concentration à l’école et leur rendement scolaire . . . Ces jeunes sont anxieux, en proie à un tel désarroi qu’ils ne savent pas à qui se confier et demeurent l’objet substitut de l’agressivité de leur père face à la séparation de sa femme, à son éloignement subséquent et à sa mort.



With respect to his children, Mr. C... has manifested severe limitations which prevent him from establishing a very strong psychological tie as a parent . . . The children do not turn to their father, they run away from him, they even have to guard themselves against his interference . . . in their lives. They reject their father as the authority figure which might have been established in their early childhood . . . We believe that by his actions, his cold and authoritarian personality, Mr. C... has for the time being lost all chance of being a parent who is cherished and loved by his children.

. . . the children who are the most partisan and attached to one of the two parents when a couple breaks up are those between nine and twelve years old. H... and X... were just that age when the separation took place . . . This explains the tenacity and determination shown by these children not to live with their father. Their mother's death also hardened their loyalties. Furthermore, although these are very disturbed young people, they function quite well, recognizing their father's limitations and pitying him since, in spite of everything, "he is not happy" . . . they have a clear perception of the family situation and of their needs. We reject any suggestion of brainwashing or serious restrictions on their free will. The psychological tie formed between the children and the F... during the separation and the illness of O... V... C..., as well as since that time, is a healthy relationship which must transcend the merely biological tie . . .

It is in their own interest that the children H... and X... require:

**Stability:** The F... represent a continuity of the maternal home in which the children lived after the separation. The children are aware of this and escape there in order to feel secure and protected. Keepsakes of their mother are to be found there.

**Love and affection:** The F... are able to demonstrate affection and receive it from the children. The father's love is dependent on marks of respect and obedience.

**Respect for the maternal image:** The F... loved and supported the children's mother and can help X... and H... to retain a positive idea of her. This is an essential aspect of the development of their personal identities during their adolescent years.

**Respect for the paternal role:** The F... favour visits by the children to the father . . .

Monsieur C... démontre face à ses enfants des limites sérieuses qui empêchent de créer un lien psychologique parental très intense . . . Les enfants ne recherchent pas leur père, ils le fuient, doivent même se défendre de ses ingérences . . . dans leur vie. Ils rejettent leur père en tant qu'autorité qui se serait constituée à travers les années de la petite enfance . . . Nous croyons que monsieur C... par ses gestes, sa personnalité froide et autoritaire, [. . .] a perdu pour le moment toute chance d'être un parent recherché et aimé de ses enfants.

. . . les enfants qui restent le plus partisans et le plus attachés à l'un des deux parents lors de la rupture du couple sont les enfants de 9 à 12 ans. C'est précisément l'âge qu'avaient H... et X... lors de la séparation . . . Ceci pour nous expliquer la tenacité et la détermination que montrent ces enfants à ne pas vivre avec leur père. La mort a aussi cristallisé leurs allégeances. De plus ces jeunes adolescents sont très inquiets, mais fonctionnent tout de même assez bien, reconnaissent les limites du père et en ont pitié car malgré tout «il n'est pas heureux» . . . ils ont une perception juste de la réalité familiale et de leurs besoins. Nous rejetons toute hypothèse de lavage de cerveau ou de restriction grave dans leur libre arbitre. Le lien psychologique qui s'est tissé, entre les enfants et le couple F... pendant la séparation et la maladie d'O... V... C..., ainsi que depuis, est un lien sain et qui doit transcender le seul lien biologique . . .

Dans l'intérêt des enfants, H... et X... ont:

**Besoin de permanence:** Le couple F... représente la continuité du foyer maternel où vivaient les enfants après la séparation. Les enfants le reconnaissent ainsi et c'est là qu'ils fuguent pour se sentir bien et protégés. Les souvenirs maternels y sont en consigne.

**Besoin d'affection et d'amour:** Le couple F... est capable de donner des marques d'affection et d'en recevoir de la part des jeunes. Le père avoue un amour conditionnel à des marques de respect et d'obéissance.

**Besoin du respect de l'image maternelle:** Le couple F... aimait et soutenait la mère des enfants et peut aider X... et H... à en garder une image positive. Support essentiel au développement de leur identité personnelle qui se parachèvera dans l'adolescence.

**Besoin du respect du rôle paternel:** Le couple F... favorise des visites des enfants au père . . .

A harmonious family life: The F... have welcomed the children and made a place for them, where they feel at home and accepted. T... V..., their mother's sister, has acted as a substitute mother for H... and X...

To be understood as teenagers: The father regards the needs of teenagers as suspect and as likely to undermine his authority. The F... recognize and respect their needs and permit communication which encourages self-expression and independence.

#### CONCLUSIONS:

Despite a biological tie between Mr. C... and his two children, no strong, effective and sound psychological tie has developed. The separation and the illness and death of O... V... C..., and the legal proceedings which returned the children to their father, have driven them further away from the father.

A psychological parental tie has been created between them and the F..., and this tie is recognized and approved by the two children, aged thirteen and fourteen.

We feel that the C... children . . . went where they felt welcome. Children do not usually run away from places where they are loved, wanted and encouraged. [Emphasis added by trial judge.]

The trial judge expressed his agreement with the psychologist and concluded that in view of the circumstances it would be contrary to the children's interest to give the father custody:

[TRANSLATION] The children are now nine months older than they were at the time of Brassard J.'s judgment. They are thirteen and fourteen years old respectively. The evidence clearly established that their attitude to their father is more negative now than it was in March, and they are more categorical in their refusal to live with him. The evidence as a whole showed that their decision was arrived at as freely as it could be in the unfortunate circumstances of this case. The Court considers that if it awarded physical custody now to the father and the children were given into his care, more running away would take place in the future as has occurred in the past, and relations between the father and the children could only worsen with harmful consequences that would be unavoidable for everyone.

It is certainly not my intention in this judgment to question the respondent C... 's character, rather it is simply to note that bad relations now exist between him and the two children. At the children's present stage in life, it would be very risky to go against their wishes

Besoin d'une vie de famille harmonieuse: Le couple F... a accueilli les enfants et leur a fait une place où ils se sentent intégrés et acceptés. H... et X... y retrouvent un substitut maternel en la personne de T... V... sœur de leur mère.

a

Besoin d'être compris comme adolescents: Le père perçoit les besoins des adolescents comme suspects et risquant de saper son autorité. Le couple F... reconnaît et respecte leurs besoins et admet la communication favorisant l'expression de soi et l'autonomie.

b

#### CONCLUSIONS:

Malgré un lien biologique entre monsieur C... et ses deux enfants, il ne s'est pas développé un lien psychologique intense, valable et sain. La séparation, la maladie, la mort d'O... V... C... ainsi que les procédures judiciaires qui ont rendu les enfants au père n'ont fait qu'éloigner ces derniers du père.

c

Il s'est créé un lien parental psychologique entre eux et le couple F... et ce lien est celui qui est reconnu et approuvé par les deux enfants de 13 et 14 ans.

d

Nous croyons que les enfants C... . . . ont fugué là où ils se sont sentis accueillis. Les enfants ne fuguent habituellement pas des lieux où ils sont aimés, voulus, encouragés. [Soulignés ajoutés par le juge de première instance.]

e

Le juge de première instance exprime son accord avec le psychologue et il conclut qu'il serait contraire à l'intérêt des enfants de remettre la garde au père en raison des circonstances:

f

Les enfants sont maintenant plus âgés de 9 mois qu'ils n'étaient au moment du jugement du juge Brassard. Ils ont respectivement 13 et 14 ans. La preuve démontre de façon claire que leur attitude en ce qui concerne leur père est plus négative aujourd'hui qu'elle n'était en mars, et qu'ils sont plus catégoriques dans leur refus de vivre chez lui. L'ensemble de la preuve démontre qu'il s'agit d'une décision libre de leur part en autant que ceci soit possible étant donné les circonstances pénibles de cette cause. La Cour est d'avis que si elle donnait la garde physique aujourd'hui au père et si les enfants lui étaient confiés, d'autres fugues auraient lieu à l'avenir comme elles ont eu lieu dans le passé, et que les relations entre le père et les enfants ne pourraient qu'empirer avec des effets néfastes, inéluctables pour tout le monde.

g

h

i

Il est nullement de mon intention dans le présent jugement de mettre en doute le caractère de bon citoyen de l'intimé monsieur C... mais seulement de souligner les mauvaises relations qui existent actuellement entre lui et les deux enfants. À l'âge que les enfants ont actuelle-

j

when these have been so clearly expressed. The father does not wish to lose his children, and I agree entirely with him, in the children's interest and in his own. However, in the present circumstances the best way of losing them would be to award custody to him at this time, in view of their current attitude to their father and vice versa, and this will be true until great changes occur in the attitudes and behaviour of everyone concerned. [Emphasis added.]

This decision was set aside by a majority judgment of the Court of Appeal. Nichols J.A., who wrote the majority opinion, considered that Brassard J.'s judgment had the authority of *res judicata* between the parties and that, like an appeal, the judgment *a quo* had the effect of reversing an earlier decision based on the same facts. He pointed out that bad relations had existed between the father and his children from childhood and that the only new fact was the filing of the psychologist's report. He said that the report would have contained the same conclusions if it had been filed at the first hearing.

Nichols J.A. also said he considered that the appeal should be allowed on the merits. When the mother died, full parental authority vested in the father under art. 648 *C.C.Q.* The motion by the uncle and aunt had the effect of depriving the father of his rights. Nichols J.A. rejected the distinction between physical and legal custody (at p. 12):

[TRANSLATION] . . . this subtle distinction resorted to by the respondents in their motion has the practical effect of stripping the father of his parental authority or creating constant conflicts of authority which are certainly not in the children's interest.

. . . parental authority is usually exercised where the children are. Their physical presence is a condition of the authority exercised over them. Parental authority is a day-to-day matter. It cannot be separated from physical presence.

He pointed out that this distinction is also not contained in the *Civil Code of Quebec*. After citing art. 570 *C.C.Q.*, he went on (at p. 13):

[TRANSLATION] Accordingly, the spouse who is deprived of custody retains only the right to *watch over* the children. He may no longer participate in decisions

ment, il serait très risqué d'aller à l'encontre de leur volonté si clairement exprimée. Le père ne veut pas perdre ses enfants, et je suis pleinement d'accord avec lui, dans l'intérêt des enfants aussi bien que dans son intérêt. Toutefois, dans les circonstances actuelles, la meilleure façon de les perdre serait de lui en donner la garde aujourd'hui, vu leur attitude actuelle vis-à-vis leur père, et vice versa, et jusqu'à de grands changements dans les attitudes et le comportement de tout le monde. [Je souligne.]

Cette décision est infirmée par un arrêt majoritaire de la Cour d'appel. Le juge Nichols, qui rédige l'opinion de la majorité, estime que le jugement du juge Brassard a l'autorité de la chose jugée et que le jugement entrepris a pour effet, à la manière d'un appel, de renverser une décision antérieure fondée sur les mêmes faits. Il souligne que les mauvaises relations entre le père et ses enfants existaient dès l'enfance et que le seul fait nouveau consiste dans le dépôt du rapport du psychologue. Selon lui, ce rapport aurait contenu les mêmes conclusions s'il avait été produit lors de la première audition.

Le juge Nichols se dit également d'avis d'accueillir l'appel sur le fond du litige. Suite au décès de la mère, le père a recouvert la plénitude de l'autorité parentale en vertu de l'art. 648 *C.c.Q.* Or la requête de l'oncle et de la tante a pour effet de priver le père de ses droits. Le juge Nichols rejette la distinction entre la garde physique et la garde légale (à la p. 12):

. . . cette distinction subtile à laquelle les intimés ont recours dans leur requête a comme conséquence pratique de dépouiller le père de l'autorité parentale ou de susciter des conflits constants d'autorité qui ne seraient certes pas dans l'intérêt des enfants.

. . . l'autorité parentale s'exerce normalement là où demeurent les enfants. La présence physique de ceux-ci conditionne l'autorité qui sera exercée sur eux. L'autorité parentale est une affaire de chaque instant. Elle ne peut se dissocier de la présence physique.

Il précise que le *Code civil du Québec* ne retient pas non plus cette distinction. Après avoir cité l'art. 570 *C.c.Q.*, il ajoute (à la p. 13):

Ce n'est donc qu'un pouvoir de *surveillance* que conserve l'époux qui se voit dépouiller de la garde. Il n'est plus question de participer aux décisions relatives à

regarding their maintenance and education as parents are authorized to do by art. 648 *C.C.Q.*, cited above.

In the view of Nichols J.A., this situation results in partially depriving a parent of his authority. It follows that (at p. 14):

[TRANSLATION] A third person who is seeking to deprive a father and mother of the parental authority recognized by law must ask the courts for total or partial deprivation by showing serious cause and the interest of the child.

Article 654 *C.C.Q.* states this rule clearly:

The court may, for serious cause and in the interest of the child, on the motion of any interested person, declare the father, the mother or either of them, or a third person on whom parental authority may have been conferred, to be totally or partially deprived of such authority.

There must accordingly be serious cause for which the person having parental authority is responsible, and the deprivation of authority must be in the child's interest. Both conditions must necessarily be met.

The majority of the Court of Appeal did not consider that the adoption of art. 30 *C.C.L.C.* in 1980, requiring that each decision be taken in the child's interest, has altered this requirement. Nichols J.A. observed (at p. 15):

[TRANSLATION] It may be that in the case at bar the uncle and aunt are in a better position than the father to ensure a positive and productive relationship with the children, but the father should not be deprived of part of his parental authority unless it can be shown that he is unworthy to have the custody of his children or is unable to perform his duties properly.

Nichols J.A. concluded that proof of "serious cause" for deprivation under art. 654 *C.C.Q.* had not been made. He felt that the father had not had a real opportunity to show that he was able to carry out his obligations properly since the divorce petition in 1981 and that all the people around the children had joined forces against him when he tried to exercise full custody of the children after his wife's death.

L'Heureux-Dubé J.A., as she then was, dissenting, considered that the new facts stated by the trial judge provided a basis for the motion by the uncle and aunt and that the matter was not *res judicata*. She noted that the Court of Appeal had

l'entretien et l'éducation comme les parents sont autorisés à le faire par l'article 648 *C.C.Q.* déjà cité.

Selon le juge Nichols, cette situation entraîne la déchéance partielle de l'autorité parentale. Il s'ensuit que (à la p. 14):

Le tiers qui veut dépouiller les père et mère de l'autorité parentale que la loi leur reconnaît doit demander en justice la déchéance totale ou partielle en démontrant un motif grave et l'intérêt de l'enfant.

L'article 654 *C.C.Q.* énonce clairement cette règle:

Le tribunal peut, pour un motif grave et dans l'intérêt de l'enfant, prononcer, à la demande de tout intéressé, la déchéance totale ou partielle de l'autorité parentale à l'égard des père et mère, de l'un d'eux ou du tiers à qui elle aurait été attribuée.

Il faut donc qu'on retrouve des motifs graves imputables au titulaire qu'on veut faire déchoir de son autorité parentale et que ce soit dans l'intérêt de l'enfant. Les deux conditions doivent nécessairement se rencontrer.

La majorité de la Cour d'appel ne considère pas que l'adoption en 1980 de l'art. 30 *C.c.B.-C.* qui exige que chaque décision soit prise dans l'intérêt de l'enfant ait modifié cette exigence. Le juge Nichols observe (à la p. 15):

Il se peut que dans le présent cas l'oncle et la tante soient mieux en mesure que le père d'assurer une relation positive et profitable avec les enfants, mais le père ne saurait être déchu d'une partie de son autorité parentale sans qu'on puisse démontrer qu'il est indigne d'avoir la garde de ses enfants ou qu'il soit incapable de s'acquitter convenablement de ses obligations.

Le juge Nichols conclut que la preuve de «motifs graves» de déchéance au sens de l'art. 654 *C.c.Q.* n'est pas apportée. Il est d'avis que le père n'a pas eu une véritable occasion de démontrer qu'il était en mesure de s'acquitter convenablement de ses obligations depuis la demande de divorce en 1981 et que tout l'entourage des enfants s'est ligué contre lui lorsqu'il a essayé de retrouver la garde des enfants suite au décès de son épouse.

Le juge L'Heureux-Dubé, alors juge de la Cour d'appel, dissidente, estime que les faits nouveaux relatés par le juge de première instance donnent ouverture à la requête de l'oncle et de la tante sans qu'il y ait chose jugée. Elle rappelle le pouvoir

very limited powers of intervention in child custody matters and also expressed the view that parental authority and the biological tie no longer take priority over every other consideration in awarding custody. The determining factor in such matters is the general well-being of the child in psychological, spiritual and emotional terms. Even if the father is not an unworthy man in the ordinary sense, L'Heureux-Dubé J.A. was of the following opinion (at p. 25):

[TRANSLATION] The fact that a man is responsible and a good citizen, as the appellant has shown that he is, does not make him, solely for that reason, a father who is able to have custody of his children. The yardstick here is not the parent's general conduct but his or her conduct in relation to the children, in terms of their needs and their general well-being. Beyond material considerations, which are undoubtedly important, are the much more essential considerations of a spiritual, emotional and psychological nature, the tie of affection in particular. That is what the trial judge considered here, and in so doing made no error of principle.

Like the trial judge, L'Heureux-Dubé J.A. dismissed the argument that the uncle and aunt had exercised a harmful influence over the children. She considered that the Superior Court had ruled correctly on the "physical" custody of the children and would have been prepared to award "legal" custody to the appellants to the extent that this concept was applicable.

### III. Points at Issue

The appellants are asking this Court to restore the trial judgment, but vary the pronouncement so as to award them both "legal" and "physical" custody of H... and X..., as relations between respondent and his two children have not improved since the trial judgment and there is almost no further hope of reconciliation before the children attain their majority. 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 and that it was therefore necessary to establish the existence of serious cause within the meaning of art. 654 C.C.Q. for giving custody to someone other than the person having parental authority. This concession on a point of law is not binding on the Court. Moreover, counsel

d'intervention très limité de la Cour d'appel en matière de garde d'enfant et elle exprime aussi l'opinion que l'autorité parentale et le lien biologique ne dominent plus désormais toute autre considération dans l'attribution de la garde. Le motif déterminant en cette matière est le bien-être général de l'enfant sur les plans psychologique, spirituel et émotif. Même si le père n'est pas un homme indigne selon le sens généralement reconnu, le juge L'Heureux-Dubé exprime l'avis suivant (à la p. 25):

Un homme honnête et bon citoyen, comme l'appelant a démontré l'être, n'en fait pas pour autant et pour ce seul motif un père apte à avoir la garde de ses enfants. Ce n'est pas tant la conduite générale d'un parent qui s'avère ici le critère, mais plutôt cette conduite en relation avec ses enfants au regard des besoins de ceux-ci et de leur bien-être général. Au delà des considérations matérielles, certes importantes, combien plus essentielles sont les considérations d'ordre moral, émotif et psychologique, le lien affectif en particulier. C'est ce que le premier juge a ici considéré, et ce faisant, il n'a pas commis d'erreur de principe.

À l'instar du juge de première instance, le juge L'Heureux-Dubé rejette l'argument voulant que l'oncle et la tante aient exercé une influence néfaste sur les enfants. Elle considère que la Cour supérieure a statué à bon droit sur la garde «physique» des enfants et elle aurait été disposée à accorder la garde «légale» aux appelants si tant est que l'on doive parler de cette notion.

### III. Les questions en litige

Les appelants nous demandent de rétablir le jugement de première instance, mais d'en modifier le dispositif pour leur accorder la garde tant «légale» que «physique» de H... et X..., puisque les relations entre l'intimé et ses deux enfants n'ont connu aucun progrès depuis le jugement de première instance et qu'il n'y a presque plus d'espoir de réconciliation avant que les enfants atteignent leur majorité. 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 et qu'il est par conséquent nécessaire de prouver l'existence d'un motif grave au sens de l'art. 654 C.c.Q. pour confier la garde à une personne autre que le titulaire de l'autorité parentale. Cette concession sur une question de droit ne

for the respondent did not rely on this concession and, both in his submission and in his argument, sought to show that the child's interest alone cannot deprive the person having parental authority of the exercise of his or her right of custody. The Court is therefore entirely free to decide the point.

I would frame the three questions raised by the appeal as follows:

1. Does the first judgment of the Superior Court have the authority of *res judicata*?
2. Is there present, in the case at bar, "serious cause" within the meaning of that term at art. 654 *C.C.Q.* which may result in the total or partial deprivation of the person having parental authority?
3. Does the criterion of the child's interest stated in art. 30 *C.C.L.C.* allow custody to be awarded to a third person in the absence of "serious cause" attributable to the person having parental authority?

#### IV. *Res Judicata*

Counsel for the respondent relied essentially on the majority reasons of the Court of Appeal in arguing that the judgment of Brassard J. has the authority of *res judicata* and that there were no new facts to justify the filing by the appellants of a second motion for custody some two and a half months later. With respect, I cannot conclude as respondent has suggested that the only new fact arising since the first judgment was the filing of the psychologist's report.

The main reason why Brassard J. authorized issuance of the writ of *habeas corpus* was that the children were psychologically deprived of their freedom. This obstacle was removed when they were returned to their father's home, but the state of relations between the respondent and his children deteriorated nevertheless. Further, when the writ of *habeas corpus* was issued, Brassard J. did not know what the impact of returning the children would be on the ties between them and their father. At that time, H... and X... had not lived with their father for nearly three years. The chil-

saurait lier la Cour. Le procureur de l'intimé ne s'est d'ailleurs pas reposé sur cette concession et il s'est employé, tant dans son mémoire que dans sa plaidoirie, à démontrer que l'intérêt de l'enfant ne peut justifier à lui seul la perte par le titulaire de l'autorité parentale, de l'exercice de son droit de garde. La Cour est donc pleinement en mesure de trancher cette question.

Je formulerais ainsi les trois questions que soulève le pourvoi:

1. Le premier jugement rendu par la Cour supérieure emporte-t-il chose jugée?
2. Y a-t-il en l'espèce un «motif grave» au sens de l'art. 654 *C.c.Q.* susceptible d'entraîner la déchéance totale ou partielle du titulaire de l'autorité parentale?
3. Le critère de l'intérêt de l'enfant énoncé à l'art. 30 *C.c.B.-C.* permet-il d'attribuer la garde à un tiers en l'absence d'un «motif grave» imputable au titulaire de l'autorité parentale?

#### IV. *La chose jugée*

Le procureur de l'intimé s'appuie essentiellement sur les motifs majoritaires de la Cour d'appel pour soutenir que le jugement rendu par le juge Brassard a l'autorité de la chose jugée et qu'aucun fait nouveau ne justifie la présentation par les appelants d'une deuxième requête pour garde quelque deux mois et demi plus tard. Avec égards, je ne peux conclure, comme le propose l'intimé, que le seul fait nouveau survenu depuis le premier jugement se limite à la production du rapport du psychologue.

La raison principale qui amène le juge Brassard à autoriser la délivrance du bref d'*habeas corpus* est que les enfants sont privés psychologiquement de leur liberté. Cet obstacle s'est trouvé levé lors de leur retour chez leur père, mais l'état des relations entre l'intimé et ses enfants s'est malgré tout détérioré. Au surplus, lors de la délivrance de l'*habeas corpus*, le juge Brassard ignore quel sera l'impact de la remise des enfants sur les liens que ceux-ci entretiennent avec leur père. À ce moment, H... et X... n'ont pas vécu avec celui-ci depuis près de trois ans. Lors de la reprise de la cohabitation

dren ran away five times within a period of seven months of their return to their father's home, until Tannenbaum J. allowed the children to live with their uncle and aunt pending a ruling on the motion. Meyer J. correctly decided that the inability of the children to adapt to family life with their father was a sufficient new fact.

It is of the essence of decisions concerning children that these decisions may be reviewed at any time, whenever circumstances so justify, and the course of events as indicated by the evidence in the case at bar satisfies me that the matter is not *res judicata*.

#### V. Deprivation of Parental Authority

Ordinarily, parental authority rests with the parents. The *Civil Code of Quebec* specifies the scope of the rights and duties arising out of their function at art. 647 *C.C.Q.*:

647. The father and mother have the rights and duties of custody, supervision and education of their children.

They must maintain their children.

The father and mother are both required to perform the duties incumbent on them as a consequence of parental authority:

648. The father and mother exercise parental authority together.

If either parent dies, is deprived of parental authority or is unable to express his will, the other parent exercises parental authority.

Article 443 of the *Civil Code of Quebec* and s. 47 of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12, specify how this duty is to be performed when the parents are married:

443. The spouses together take in hand the moral and material direction of the family, exercise parental authority and assume the tasks resulting therefrom.

47. Husband and wife have, in the marriage, the same rights, obligations and responsibilities.

Together they provide the moral guidance and material support of the family and the education of their common off-spring.

familiale, les enfants s'enfuient à cinq reprises sur une période de sept mois, jusqu'à ce que le juge Tannenbaum permette aux enfants de résider chez leur oncle et tante en attendant le sort de la requête. Le juge Meyer considère à juste titre que l'incapacité des enfants de s'adapter à la cohabitation familiale avec leur père est une circonstance nouvelle suffisante.

Il est de l'essence des décisions qui concernent les enfants d'être révisables à tout moment lorsque les circonstances le justifient et l'évolution de la situation révélée par la preuve me convainc qu'il n'y a pas chose jugée.

#### V. La déchéance de l'autorité parentale

Normalement, ce sont les parents qui sont investis de l'autorité parentale. Le *Code civil du Québec* précise à l'art. 647 *C.c.Q.* la portée des droits et des obligations qui découlent de leur rôle:

647. Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation.

Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant.

Les père et mère sont tous deux tenus à l'exercice des responsabilités qui leur incombent en raison de l'autorité parentale:

648. Les père et mère exercent ensemble l'autorité parentale.

Si l'un d'eux décède, est déchu de l'autorité parentale ou n'est pas en mesure de manifester sa volonté, l'autorité est exercée par l'autre.

L'article 443 du *Code civil du Québec* et l'art. 47 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, chap. C-12, précisent l'aménagement de ce devoir lorsque les parents sont mariés:

443. Ensemble, les époux assurent la direction morale et matérielle de la famille, exercent l'autorité parentale et assument les tâches qui en découlent.

47. Les époux ont, dans le mariage, les mêmes droits, obligations et responsabilités.

Ils assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille et l'éducation de leurs enfants communs.

However, the person having parental authority can delegate its exercise as provided in art. 649 C.C.Q., as well as certain provisions of the *Youth Protection Act*, R.S.Q., c. P-34.1, regarding the application of voluntary measures. The person having parental authority can also have the exercise of the rights associated with his parental authority limited by a decision of the courts. A judgment may have the effect of depriving the holder of the exercise of part of his or her rights although such deprivation is not ordered as a result of any wrongful act by the holder: this is so when a judgment of separation as to bed and board or a divorce decree awards custody to one of the parents or, as I will indicate in the next heading, when the child's interest requires that custody be awarded to a third person.

The *Civil Code of Quebec* also provides for the possibility of totally or partially depriving the person having parental authority of that authority. Whether total or partial, such deprivation means not only that the person is precluded from exercising the attributes of parental authority, but also entails the loss of the authority itself which then ceases to be vested in the holder. It can only be ordered for serious cause and in the interest of the child:

654. The court may, for serious cause and in the interest of the child, on the motion of any interested person, declare the father, the mother or either of them, or a third person on whom parental authority may have been conferred, to be totally or partially deprived of such authority.

The appellants submitted that in the case at bar the evidence disclosed the existence of "serious cause" for which the respondent should be partially deprived of his parental authority by divesting him of his right of custody. In particular, they argued that it is sufficient to show the inability of the person having parental authority to perform his or her duties properly, without it being necessary to establish his or her unworthiness as well. They argued that such evidence is provided here by the respondent's inability to develop the usual ties of affection with his children. The appellants further said that partial deprivation does not have to be expressly declared by a court as it can be inferred from the order awarding custody to a

Le titulaire de l'autorité parentale peut toutefois en déléguer l'exercice comme le prévoit l'art. 649 C.c.Q. ou encore certaines dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., chap. P-34.1, relatives à l'application de mesures volontaires. Le titulaire de l'autorité parentale peut aussi voir l'exercice de ses attributs réduit en vertu d'une décision judiciaire. Un jugement peut avoir comme conséquence de priver le titulaire de l'exercice d'une partie de ses droits sans que cette privation soit décrétée en raison du comportement fautif du titulaire: il en est ainsi lorsqu'un jugement en séparation de corps ou en divorce attribue la garde à l'un des parents ou, comme je l'indique au chapitre suivant, lorsque l'intérêt de l'enfant commande que la garde soit accordée à un tiers.

Le *Code civil du Québec* prévoit également la possibilité de déchoir totalement ou partiellement le titulaire de l'autorité parentale. Qu'elle soit totale ou partielle, la déchéance n'entraîne pas seulement la perte de l'exercice des attributs de l'autorité parentale, mais également la perte de l'autorité elle-même dont le titulaire cesse alors d'être investi. Elle ne peut être prononcée que pour un motif grave et dans l'intérêt de l'enfant:

654. Le tribunal peut, pour un motif grave et dans l'intérêt de l'enfant, prononcer, à la demande de tout intéressé, la déchéance totale ou partielle de l'autorité parentale à l'égard des père et mère, de l'un d'eux ou du tiers à qui elle aurait été attribuée.

Les appelants soumettent que la preuve révèle en l'espèce l'existence d'un «motif grave» qui permet de déchoir partiellement l'intimé de son autorité parentale en lui retirant son droit de garde; ils soutiennent plus particulièrement qu'il suffit d'apporter la preuve de l'incapacité du titulaire de l'autorité parentale de s'acquitter convenablement de ses obligations sans qu'il faille par surcroît démontrer son indignité. Cette preuve découlerait ici de l'incapacité de l'intimé de développer des liens affectifs véritables avec ses enfants. Les appelants ajoutent que la déchéance partielle n'a pas à être prononcée expressément car elle s'infère de l'ordonnance attribuant la garde à un tiers. Ils s'autorisent sur ce point de l'opinion



third person. They cited as authority for this the opinion of the Court of Appeal in the case at bar as well as in *Droit de la famille—52*, [1983] C.A. 388, and *Droit de la famille—236*, [1985] C.A. 566.

Counsel for the appellants seems to have been prompted to make this application for the partial deprivation of the respondent by the belief that the appellants could not legally obtain the custody without, at the same time and as a necessary consequence of the demand for custody, asking for partial deprivation of the father. This belief is based on the judgment of the Court of Appeal in the case at bar, the merits of which on this point were conceded by counsel for the appellants, as I said earlier, and on the two Court of Appeal judgments cited earlier, *Droit de la famille—52* and *Droit de la famille—236*. Perhaps the intention was by this means to soften the blow and make deprivation easier to obtain by suggesting that it was not to be expressly declared by a court. As I will have occasion to indicate below, these two propositions are, with the greatest respect, wrong in law.

Deprivation is a radical, though necessary, measure for controlling parental authority. It strips the holder of rights but never relieves him or her of obligations. When it is total, deprivation is likely to lead to breaking the tie of filiation through adoption (see arts. 611 and 658 *C.c.Q.* and B. M. Knoppers, "From Parental Authority to Judicial Interventionism: The New Family Law in Quebec" in K. Connell-Thouez and B. M. Knoppers eds., *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective* (1984), at p. 212). It may also, depending on the circumstances, lead to a change in the name of a child whose parent has been so deprived (art. 56.3 *C.C.L.C.*) Deprivation of parental authority amounts to a value judgment in respect of its holder's conduct. Whether partial or total, the deprivation judgment represents a finding by the court that the holder is incapable of retaining part or all of the parental authority. A person cannot be even partially deprived unless it is concluded that he or she has been guilty, by action or inaction, of a serious and unjustified failure to perform the parental duty. (*Droit de la*

exprimée par la Cour d'appel tant dans la présente cause que dans *Droit de la famille—52*, [1983] C.A. 388, et dans *Droit de la famille—236*, [1985] C.A. 566.

<sup>a</sup>

Cette demande de déchéance partielle de l'intimé paraît avoir été dictée au procureur des appelants par la croyance que les appelants ne pourraient légalement obtenir l'exercice du droit de garde sans demander en même temps et par le fait même la déchéance partielle du père. Cette croyance est fondée sur l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, dont le procureur des appelants a concédé le bien-fondé sur ce point, comme je l'ai dit plus haut, de même que sur les deux arrêts précités de la Cour d'appel, *Droit de la famille—52* et *Droit de la famille—236*. Peut-être pense-t-on aussi atténuer le coup et faciliter l'obtention de la déchéance en suggérant qu'elle ne soit pas explicitement prononcée. Comme j'aurai l'occasion de le démontrer ci-après, il s'agit là de deux propositions erronées en droit, soit dit avec les plus grands égards.

<sup>e</sup>

La déchéance est une mesure radicale, quoique nécessaire, de contrôle de l'autorité parentale. Elle dépouille son titulaire de droits mais ne le libère jamais de ses obligations. Lorsqu'elle est totale, la déchéance est susceptible de mener à la rupture du lien de filiation par le mécanisme de l'adoption (voir les art. 611 et 658 *C.c.Q.* et B. M. Knoppers, «From Parental Authority to Judicial Interventionism: The New Family Law in Quebec» dans K. Connell-Thouez et B. M. Knoppers (éd.), *Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective* (1984), à la p. 212). Elle peut aussi, selon les circonstances, conduire au changement de nom de l'enfant dont le parent a été déchu (art. 56.3 *C.c.B.-C.*) La déchéance de l'autorité parentale constitue un jugement de valeur sur la conduite de son titulaire. Qu'il soit partiel ou total, le jugement de déchéance représente une déclaration judiciaire d'inaptitude du titulaire à détenir une partie ou la totalité de l'autorité parentale. On ne peut donc déchoir une personne, même partiellement, sans conclure qu'elle a commis, par action ou abstention, un manquement grave et injustifié à

<sup>f</sup>

<sup>g</sup>

<sup>h</sup>

<sup>i</sup>

<sup>j</sup>

*famille—32*, [1983] C.S. 79, at p. 80; *Droit de la famille—130*, [1984] C.A. 184; J. Pineau, *La famille: droit applicable au lendemain de la "Loi 89"* (1983), at pp. 287-88; E. Deleury and M. Rivest, "Du concept d'abandon, du placement en famille d'accueil et de la tutelle du directeur de la protection de la jeunesse: quelques interrogations à propos du transfert des prérogatives de l'autorité parentale à une autre personne que les père et mère" (1980), 40 *R. du B.* 483, at pp. 484 and 487; J.-P. Senécal, "La filiation et la déchéance de l'autorité parentale" (1982-83), 78 *F.P. du B.* 83, at p. 113; R. Joyal, *Précis de droit des jeunes* (1986), at p. 85.)

This rule has been clearly stated in the report on the *Civil Code of Quebec* which led to the adoption in 1977 of the articles regarding total or partial deprivation of parental authority:

In such a case [that is, the partial removal of a right], some of the rights which stem from parental authority and have been misused are taken away from the parent.

... such measures [deprivation of parental authority or the removal of certain rights] are the consequence of serious failure by a parent to execute his obligations. On the other hand, while a child may need protection, his parents may not necessarily be responsible for this situation.

(Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code: Commentaries* (1978), vol. II, t. 1, at pp. 215-16.)

The additional latitude which the legislature has given the courts by not adopting the limited grounds for declaring deprivation suggested by the Revision Office does not in my opinion affect the general principle stated above. Partial or total deprivation of parental authority remains conditional: it depends on proof of reprehensible conduct by the holder.

Counsel for the appellants submitted, however, that mere inability to properly discharge the duties imposed by parental authority amounts to "serious cause" within the meaning of art. 654 *C.C.Q.* The Court of Appeal expressed the view that inability to perform one's duties may be a sufficient cause

son devoir de parent. (*Droit de la famille—32*, [1983] C.S. 79, à la p. 80; *Droit de la famille—130*, [1984] C.A. 184; J. Pineau, *La famille: droit applicable au lendemain de la «Loi 89»* (1983), aux pp. 287 et 288; E. Deleury et M. Rivest, «Du concept d'abandon, du placement en famille d'accueil et de la tutelle du directeur de la protection de la jeunesse: quelques interrogations à propos du transfert des prérogatives de l'autorité parentale à une autre personne que les père et mère» (1980), 40 *R. du B.* 483, aux pp. 484 et 487; J.-P. Senécal, «La filiation et la déchéance de l'autorité parentale» (1982-83), 78 *F.P. du B.* 83, à la p. 113; R. Joyal, *Précis de droit des jeunes* (1986), à la p. 85.)

Ce principe a clairement été exposé dans le rapport sur le *Code civil du Québec* qui a mené à l'adoption, en 1977, des articles relatifs à la déchéance totale ou partielle de l'autorité parentale:

Dans ce cas [i.e. le retrait partiel d'un droit], le parent se voit enlever certains des droits qui découlent de l'autorité parentale et dont il a fait mauvais usage.

... ces dernières [la déchéance de l'autorité parentale ou le retrait de certains droits] sont la conséquence d'un manquement grave du parent à ses obligations. Or, un enfant peut avoir besoin de protection, sans que ses parents soient nécessairement responsables de la situation dans laquelle il se trouve.

(Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec: Commentaires* (1978), vol. II, t. 1, aux pp. 217 et 218.)

La latitude supplémentaire que le législateur a conféré aux tribunaux en ne retenant pas les motifs limitatifs de déchéance suggérés par l'Office de révision n'affecte pas, à mon avis, le principe général énoncé ci-haut. La déchéance partielle ou totale de l'autorité parentale demeure conditionnelle: elle dépend de la preuve d'un comportement répréhensible du titulaire.

Le procureur des appelants soumet cependant que la seule incapacité d'assumer convenablement les devoirs qu'impose l'autorité parentale constitue un «motif grave» au sens de l'art. 654 *C.C.Q.* La Cour d'appel exprime l'opinion que l'incapacité de s'acquitter de ses devoirs peut être un motif suffi-

for deprivation but it concluded that the evidence did not show that the respondent was so unable to exercise parental authority that custody of his children should be taken away from him. Now as in the past, the courts have held that mental or physical inability can be a sufficient cause for the withdrawal of the exercise of custody rights. Since the adoption of the articles relating to deprivation in 1977, however, an outstanding question has been whether a physical or mental handicap can result in the holder losing his parental rights even in the absence of wrongful behaviour on his or her part. In certain *obiter dicta* the Court of Appeal seems to have assumed that it could, but no court has to my knowledge yet issued a judgment of deprivation in Quebec solely for this reason. In France, the Court of Cassation recently held that it is in keeping with the protective purpose of the institution of deprivation to deprive a parent whose actions are caused by a mental disorder for which he is not responsible (*Vidal* case, 1<sup>ère</sup> Civ., April 14, 1982, *Bull.* 1982, I, No. 125, p. 110). Though it is not necessary to decide this point, I am strongly inclined to think that in such a case a court should have recourse to the discretionary power conferred on it by art. 654 *C.C.Q.* and not impose deprivation if there is some alternative measure which provides the child with equivalent protection. When it is possible, such a solution fully protects the child's interest while it does not attach the stigma of deprivation to a parent who is not blameworthy (see J. Pineau, *op. cit.*, at p. 288).

The inability alleged by the appellants is not, however, of this type: it does not result from any physical or mental handicap. The "affectational" inability referred to by counsel for the appellants does not in my view constitute "serious cause" within the meaning of art. 654 *C.C.Q.*, given that it is not deliberate and has not taken the form of abandonment. Marty and Raynaud correctly point out the limits inherent in deprivation of parental authority:

[TRANSLATION] ... deprivation has a very derogatory connotation and is not possible when the parents are more inept than culpable or the child is simply too difficult for them to handle. Moreover, the consequences of such a measure are often too radical and too harsh: it

sant de déchéance mais elle conclut toutefois que la preuve ne révèle pas que l'intimé est incapable d'assurer l'exercice de l'autorité parentale au point qu'il faille lui enlever la garde de ses enfants. <sup>a</sup> Autrefois comme maintenant, les tribunaux ont jugé que l'incapacité mentale ou physique peut être une cause suffisante de retrait de l'exercice du droit de garde. Depuis l'adoption en 1977 des articles relatifs à la déchéance se pose toutefois la <sup>b</sup> question de savoir si un handicap physique ou mental peut mener à la perte par le titulaire de ses droits parentaux, en l'absence même de tout geste fautif. La Cour d'appel paraît l'avoir présumé dans quelques *obiter dicta* mais, à ma connaissance, <sup>c</sup> aucun tribunal n'a encore prononcé un jugement de déchéance pour ce seul motif au Québec. En France, la Cour de cassation a décidé récemment que la finalité protectrice de l'institution de la <sup>d</sup> déchéance permet de déchoir un parent dont le comportement est causé par un état de démence pour lequel il n'est pas responsable (arrêt *Vidal*, 1<sup>ère</sup> Civ., 14 avril 1982, *Bull.* 1982, I, n° 125, p. 110). Quoiqu'il ne soit pas nécessaire de trancher <sup>e</sup> cette question, j'incline fortement à croire qu'un tribunal devrait dans un tel cas recourir au pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 654 *C.c.Q.* et ne pas prononcer la déchéance s'il existe une mesure alternative qui accorde à l'enfant une protection équivalente. Une telle solution, lorsqu'elle <sup>f</sup> est possible, respecte pleinement l'intérêt de l'enfant tout en évitant de marquer du stigmate de la déchéance un parent à qui on ne peut adresser <sup>g</sup> aucun blâme (voir J. Pineau, *op. cit.*, à la p. 288).

L'incapacité dont se plaignent les appelants n'est toutefois pas du même ordre: elle ne découle pas d'un handicap physique ou mental. L'incapacité <sup>h</sup> «affective» à laquelle le procureur des appelants se réfère ne constitue pas à mon avis un «motif grave» au sens de l'art. 654 *C.c.Q.* d'autant qu'elle est involontaire et qu'elle ne se traduit pas par un abandon. Marty et Raynaud soulignent à bon <sup>i</sup> escient les limites inhérentes à la déchéance de l'autorité parentale:

... la déchéance a un caractère infamant et elle n'est pas possible lorsque les parents sont plus maladroits que coupables ou sont simplement dépassés par un enfant <sup>j</sup> difficile. Par ailleurs c'est une mesure souvent trop radicale et trop brutable (*sic*) dans ses effets; elle impose

imposes a separation of the child from its family which sometimes may be unnecessary or indeed undesirable.

It was thus necessary to introduce a more flexible means of providing educational assistance which could even be obtained at the instance of the parents themselves and even though their conduct did not justify the stigma of deprivation . . . [Emphasis added.]

(*Droit civil: les personnes* (3<sup>e</sup> éd. 1976), at p. 304.)

Partial deprivation takes away the right of custody itself from the holder whereas the award of custody to a third person pursuant to art. 30 C.C.L.C. can only modify the exercise of the right. Thus, a parent who has not been deprived continues to care for his or her child at his or her home during certain weekends and during long holidays. Mazeaud and Mazeaud observe that deprivation of the right of custody is in certain cases an excessive measure:

[TRANSLATION] . . . partial deprivation is also a very serious measure: withdrawal of the right of custody has a very painful effect on parents who are often more ignorant and unfortunate than in the wrong, and it is very often not in the child's interest to remove it from the family circle.

(*Leçons de droit civil* (6<sup>e</sup> éd. 1976), t. 1, vol. 3, at p. 606.)

What is the evidence in the case at bar? It was not alleged that the respondent abandoned his children or that he showed no interest in their fate. Instead, it was alleged that he was unable to give his children the affection they need. The psychologist appointed by counsel for the children found an absence of any "very strong" affectional tie and observed that the father "has for the time being lost all chance of being a parent who is cherished and loved by his children". The father apparently alienated the affection of his children by his excessive authoritarianism.

The evidence showed that there was already a climate of discord in 1981 when, with the respondent's consent, the children went to live with their mother. The appellants nevertheless did not argue that the disagreement at that time was such that even then it justified the partial deprivation of parental authority. The events which followed

une séparation de l'enfant et de sa famille qui peut parfois être inutile, sinon fâcheuse.

Il était donc nécessaire de prévoir une mesure plus souple d'assistance éducative applicable même à l'initiative des parents eux-mêmes et bien que leur comportement ne justifiait pas la flétrissure d'une déchéance . . . [Je souligne.]

(*Droit civil: les personnes* (3<sup>e</sup> éd. 1976), à la p. 304.)

Tandis que la déchéance partielle enlève au titulaire le droit de garde lui-même, l'attribution de la garde à un tiers en application de l'art. 30 C.c.B.-C. ne permet que d'en aménager l'exercice. C'est ainsi que le parent non déchu continue de pouvoir héberger son enfant durant certaines fins de semaine et durant les longs congés. Mazeaud et Mazeaud font remarquer que le retrait pur et simple du droit de garde s'avère dans certains cas une mesure excessive:

. . . la déchéance partielle est encore une mesure très grave; le retrait du droit de garde atteint douloureusement des parents plus souvent ignorants et malheureux que coupables, et l'intérêt de l'enfant n'est pas, bien souvent, de le soustraire au milieu familial.

(*Leçons de droit civil* (6<sup>e</sup> éd. 1976), t. 1, vol. 3, à la p. 606.)

Que révèle la preuve en l'espèce? On ne reproche pas à l'intimé d'avoir abandonné ses enfants ni de s'être désintéressé de leur sort. On lui reproche plutôt d'être incapable de transmettre à ses enfants l'affection dont ils ont besoin. Le psychologue nommé par le procureur des enfants constate l'absence d'un lien affectif «très intense» et observe que le père «a perdu pour le moment toute chance d'être un parent recherché et aimé de ses enfants». Le père se serait aliéné l'affection de ses enfants par son autoritarisme excessif.

La preuve démontre qu'un climat de discord règne déjà en 1981 lorsque les enfants vont vivre chez leur mère du consentement de l'intimé. Les appelants ne prétendent pourtant pas que la mésentente était telle à l'époque qu'elle aurait déjà justifié la déchéance partielle de l'autorité parentale. Les événements qui ont suivi ont été pénibles

were painful for everyone and aggravated this discord, even though the respondent could not be said to be seriously remiss in his duties owed to the children. The conclusions of the psychologist's report emphasized that the separation, the illness and death of the mother, as well as the proceedings which forced the young people to cease living with their uncle and aunt, drove H... and X... still further away from their father. The evidence disclosed that during this period, the respondent made sincere efforts to seek closer ties with his children, but that so far these efforts have failed. The trial judge observed that the respondent [TRANSLATION] "is probably doing his best" and L'Heureux-Dubé J.A. emphasized that the father [TRANSLATION] "loves his children and is anxious for their welfare". Following the trial judgment, the respondent was appointed tutor to his children in June 1985 by unanimous decision of a family council which included the appellants. The appellant D... F... was appointed subrogate-tutor, and the appellant T... V...-F... was appointed tutrix *ad hoc* responsible for the settlement of the estate of the children's mother. Though the evidence shows clearly that it is not in the children's interest for them to continue living with their father and it is in their interest to live with the appellants, I do not think that the facts of the case at bar show serious cause requiring the partial deprivation of the respondent.

The application for partial deprivation of the respondent is, in my view, without basis for another reason. Article 654 *C.C.Q.* provides that evidence of serious cause will not suffice to deprive a person having parental authority: it must also be shown that such a measure is in the child's interest (*Droit de la famille*—77, [1983] C.S. 692, at p. 697; *Droit de la famille*—195, [1985] C.S. 349, at p. 352; *S.A. v. J.-C.L.*, [1986] R.L. 587 (Que. C.A.)) I do not think that evidence of the latter requirement has been presented. Though they may appear slim in the short term, the chances of a reconciliation between the father and his two children make the pronouncement of a partial deprivation judgment against the respondent inadvisable at this time. It is of paramount importance, considering both the interest of the children and of the father, not to compromise the chances of a long-

pour tous et ils ont exacerbé cette discorde sans qu'on puisse imputer à l'intimé un manquement grave à ses obligations envers les enfants. Les conclusions du rapport du psychologue soulignent que la séparation, la maladie et le décès de la mère ainsi que les procédures qui ont forcé les adolescents à ne plus résider chez leur oncle et tante ont éloigné encore plus H... et X... de leur père. La preuve révèle que durant cette période, l'intimé a fait des efforts sincères pour tenter un rapprochement avec ses enfants, mais ces démarches ont jusqu'à présent échoué. Le juge de première instance observe que l'intimé «fait probablement de son mieux» et le juge L'Heureux-Dubé souligne que le père «aime ses enfants et recherche leur bien». Suite au jugement de première instance, l'intimé a été nommé unanimement tuteur de ses enfants en juin 1985 par un conseil de famille où siégeaient les appelants; l'appelant D... F... a été nommé subrogé-tuteur et l'appelante T... V...-F... a été nommée tutrice *ad hoc* et chargée de régler la succession de la mère des enfants. Même si la preuve révèle nettement qu'il est contraire à l'intérêt des enfants de continuer à demeurer avec leur père et qu'il est dans leur intérêt de demeurer chez les appelants, je ne crois pas que les faits de cette cause démontrent un motif grave qui doit entraîner la déchéance partielle de l'intimé.

La demande de déchéance partielle de l'intimé me semble mal fondée à un autre point de vue. L'article 654 *C.c.Q.* précise qu'il ne suffit pas d'apporter la preuve d'un motif grave pour déchoir le titulaire de l'autorité parentale: il faut de plus qu'il soit prouvé qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de recourir à cette mesure (*Droit de la famille*—77, [1983] C.S. 692, à la p. 697; *Droit de la famille*—195, [1985] C.S. 349, à la p. 352; *S.A. c. J.-C.L.*, [1986] R.L. 587 (C.A. Qué.)) J'estime que cette preuve n'a pas été apportée. Même si elles apparaissent minces à court terme, les chances de réconciliation entre le père et ses deux enfants rendent inopportun de prononcer un jugement de déchéance partielle à l'encontre de l'intimé. Il importe surtout, dans l'intérêt des enfants et du père, de ne pas compromettre les chances de réconciliation à plus long terme. La Cour supé-

term reconciliation. The Superior Court concluded categorically that it is in the children's interest for the ties with their father to be re-established; a declaration of partial deprivation might impede the reconciliation which the trial judge thought desirable:

[TRANSLATION] The father does not want to lose his children, and I agree entirely with him, in the interest of the children as well as in his own interest.

I can only express the wish that the normal parental ties which should exist between a father and his children may be restored. The father must understand that the children have suffered a great loss and are still in mourning for their mother. A new relationship based on sound principles will only be possible with considerable effort by everyone concerned . . . The father is probably doing his best, and with the passage of time I hope that the closer relations which everyone wants to see will come to pass. [Emphasis added.]

Furthermore, I find it hard to see how a court can declare that someone is deprived of his custody right and at the same time award that person the right to care for his child at his home during specified periods as was done here.

I would add one final comment. The seriousness of deprivation and its formal nature rule out the possibility of its being implicitly or, as it were, hastily imposed. The argument that partial deprivation can be inferred from the very decision to award custody to a third person seems to me to be clearly wrong. The partial deprivation of parental authority cannot be inferred: it must be "declared" or, in other words, imposed expressly, as provided in art. 654 C.C.Q. Article 813.3 C.C.P. recognizes the formal nature of the application for deprivation, providing that it shall be by declaration and not by motion as is the case with child custody (cf. arts. 813.8 and 826.3 C.C.P.) The dismissal of a writ of *habeas corpus* or the award of custody of a child to a third person does not entail the deprivation, even the partial deprivation, of the person having parental authority: a court may have concluded that the child in question was not deprived of its freedom or that it is in its interest for custody to be given to someone else, without the person having parental authority necessarily being stripped of his or her right of custody. In

rieure a catégoriquement conclu qu'il est dans l'intérêt des enfants que les liens avec leur père se rétablissent; une déclaration de déchéance partielle risquerait de nuire à la réconciliation jugée souhaitable par le juge de première instance:

Le père ne veut pas perdre ses enfants, et je suis pleinement d'accord avec lui, dans l'intérêt des enfants aussi bien que dans son intérêt.

Je ne peux qu'exprimer le vœu qu'il puisse rétablir les liens parentaux normaux qui devraient exister entre un père et ses enfants. Il faut que le père comprenne que les enfants ont subi une perte énorme, et qu'ils sont toujours en deuil de leur mère. De nouvelles relations basées sur des principes sains ne seront possibles qu'avec des efforts considérables de la part de tout le monde [. . .] Le père fait probablement de son mieux, et avec le passage du temps j'espère que le rapprochement désiré par tous aura lieu. [Je souligne.]

Il me semble d'ailleurs difficilement concevable qu'une personne puisse être déclarée déchue de son droit de garde et se voir attribuer simultanément un droit d'hébergement de son enfant comme ce fut le cas en l'espèce.

J'ajouterais un dernier commentaire. La gravité de la déchéance et son caractère formel interdisent qu'elle puisse être déclenchée de façon implicite et pour ainsi dire à la sauvette. L'argument selon lequel la déchéance partielle peut s'inférer de la décision même d'attribuer l'exercice de la garde à un tiers me paraît nettement erroné. La déchéance partielle de l'autorité parentale ne peut se déduire: elle doit être «prononcée», c'est-à-dire décrétée expressément comme le stipule l'art. 654 C.c.Q. L'article 813.3 C.p.c. consacre le caractère formel de la demande en déchéance en exigeant qu'elle soit faite par déclaration, et non par requête comme c'est la règle en matière de garde d'enfant (comparer les art. 813.8 et 826 à 826.3 C.p.c.) Le rejet d'un bref d'*habeas corpus* ou l'attribution à un tiers de la garde d'un enfant n'emportent pas la déchéance, même partielle, du titulaire de l'autorité parentale: un tribunal peut avoir conclu que l'enfant en question n'a pas été privé de sa liberté ou qu'il est dans son intérêt que sa garde soit confiée à autrui, sans que le titulaire de l'autorité parentale doive être dépouillé pour autant de son

such a situation, the holder is deprived of the exercise of custody but not of the right itself. This distinction has important consequences. If the person having custody dies, the person having parental authority is once again entitled to exercise his or her right of custody if he or she has not been partially or totally deprived of that authority, subject of course to the child's interest. It goes without saying, however, that the interest of the child may lead a court to make a new decision at the behest of a third person or to the intervention of the services of the Protection de la jeunesse, if the resumption of custody by the person having parental authority should prove harmful to the child. On the other hand, a parent who has been partially or totally deprived of parental authority cannot assume custody of the child unless he or she submits to the Superior Court a declaration for restoration of the right he or she was deprived of by an earlier judgment: arts. 658 *C.C.Q.*, 813.3 and 826.1 *C.C.P.*

As to the second question, therefore, I would answer that the Court of Appeal was right in deciding that there was no "serious cause" in the case at bar for which the respondent should be partially or totally deprived of his parental authority. However, the Court of Appeal erred in holding that such deprivation does not have to be expressly declared and that it necessarily follows where custody is awarded to a third person.

#### VI. Child's Interest as Criterion for Award of Custody to Third Person

The respondent took up in this Court the argument developed by a majority of the Court of Appeal that the criterion of the child's interest cannot be the sole basis for the award of custody of a child to a third person. He argued that the adoption of art. 30 *C.C.L.C.* only amounted to a codification of existing law and that, accordingly, a third person cannot obtain custody of a child without applying to have the person having parental authority totally or partially deprived of that authority. It would be thus essential to adduce evidence of a serious cause attributable to the person having parental authority, in addition to the interest of the child. He cited a number of decisions in support, including *Droit de la*

droit de garde. Dans une telle situation, le titulaire est privé de l'exercice de la garde mais il n'est pas déchu du droit lui-même. Cette distinction entraîne des conséquences importantes. Advenant le décès du gardien, le titulaire de l'autorité parentale recouvre de plein droit, mais sous réserve évidemment de l'intérêt de l'enfant, l'exercice de son droit de garde s'il n'a pas été déchu partiellement ou totalement. Il va néanmoins sans dire que l'intérêt de l'enfant peut conduire à une nouvelle décision judiciaire suite à l'initiative d'un tiers, ou à l'intervention des services de la Protection de la jeunesse si la reprise de la garde par le titulaire de l'autorité parentale devait s'avérer néfaste à l'enfant. Par contre, un parent qui a été déchu partiellement ou totalement ne peut assumer la garde de son enfant à moins de présenter à la Cour supérieure une déclaration en rétablissement des droits dont il a été privé par jugement antérieur: art. 658 *C.c.Q.*, 813.3 et 826.1 *C.p.c.*

À la deuxième question en litige, je répondrais donc que la Cour d'appel a eu raison de décider qu'il n'y a pas en l'espèce un «motif grave» permettant de déchoir partiellement ou totalement l'intimé de l'autorité parentale. La Cour d'appel a cependant erré en tenant que cette déchéance n'a pas à être prononcée expressément et qu'elle découle nécessairement du fait que la garde est confiée à un tiers.

#### VI. L'intérêt de l'enfant en tant que critère d'attribution de la garde à un tiers

L'intimé reprend devant nous l'argument développé par la majorité de la Cour d'appel selon lequel le critère de l'intérêt de l'enfant ne peut à lui seul permettre à un tribunal de confier la garde d'un enfant à un tiers. Il soutient que l'adoption de l'art. 30 *C.c.B.-C.* ne constitue que la codification du droit antérieur et qu'un tiers ne peut en conséquence obtenir la garde d'un enfant sans demander la déchéance totale ou partielle du titulaire de l'autorité parentale. Il serait donc essentiel de faire la preuve d'un motif grave imputable au titulaire de l'autorité parentale en plus de l'intérêt de l'enfant. Il cite à l'appui différentes décisions dont

*famille*—52, *supra*, in which the Court of Appeal wrote (at pp. 390-92):

[TRANSLATION] When the father and mother contest the custody of their child, it is often hard to see where its best interest lies. To this end the courts have created a somewhat weak presumption of fact that the interest of a small child generally is such that the child should be given to its mother. The problem is more complicated when the custody of a child pits the father or mother against a third person. In this case, the courts have created another presumption, here quite strong, that it is in the interest of the child for him or her to be given to the father or mother unless “serious objections can be established against them that may be a basis for deprivation”.

A parent may well give a third person physical custody of his or her child without parental authority being diminished, but when a court awards the custody of a child to a third person against its parents’ wishes, the latter are thereby at least partially deprived of their parental authority. The right of parents to have custody of their child is an attribute of paternal authority: even the temporary abolition of this right necessarily implies a limitation on their authority. It is the situation described in article 654 C.C.Q.:

The court may, for serious cause and in the interest of the child, on the motion of any interested person, declare the father, the mother or either of them, or a third person on whom parental authority may have been conferred, to be totally or partially deprived of such authority. [Emphasis added.]

(See, to the same effect, *Droit de la famille*—236, *supra*.)

The consequence of this reasoning is that the person having parental authority to whom no serious reproach can be made may retain the custody of the child even if the latter’s interest clearly requires that custody be awarded to someone else. This is based on the premise that the only limitation placed on parental authority is that in art. 654 C.C.Q. dealing with the deprivation of parental authority. With all due respect for the contrary view, I consider that art. 30 C.C.L.C., which makes the child’s interest the determining factor in decisions concerning the child, authorizes that custody be awarded to a third person when the award is made for the child’s well-being, even in the

*Droit de la famille*—52, précitée, dans laquelle la Cour d’appel écrit (aux pp. 390 à 392):

Quand les père et mère se disputent la garde de leur enfant, il est souvent difficile de découvrir où se situe son meilleur intérêt. La jurisprudence a créé à cette fin une présomption de fait assez fragile selon laquelle l’intérêt d’un enfant en bas âge veut généralement qu’il soit confié à sa mère. Le problème est plus complexe quand la garde de l’enfant met en conflit d’une part un père ou une mère et d’autre part un tiers. Dans ce cas, la jurisprudence a créé une autre présomption assez forte selon laquelle l’intérêt de l’enfant veut qu’il soit confié de préférence à son père ou à sa mère à moins «que l’on établisse contre eux des reproches graves pouvant entraîner déchéance».

Un parent peut bien confier à un tiers la garde physique de son enfant sans que son autorité parentale en soit amoindrie, mais quand une décision judiciaire confie la garde d’un enfant à un tiers contre le gré de ses parents, par le fait même, ces derniers sont au moins partiellement déchus de leur autorité parentale. Le droit des parents de garder leur enfant avec eux est un attribut de la puissance paternelle; la suppression même temporaire de ce droit entraîne nécessairement une limitation imposée à leur autorité. C’est la situation décrite à l’article 654 C.C.Q.:

Le tribunal peut, pour un motif grave et dans l’intérêt de l’enfant, prononcer, à la demande de tout intéressé, la déchéance totale ou partielle de l’autorité parentale à l’égard des père et mère, de l’un d’eux ou du tiers à qui elle aurait été attribuée. [Je souligne.]

(Voir au même effet *Droit de la famille*—236, précité.)

La conséquence de ce raisonnement, c’est que le titulaire de l’autorité parentale à qui on ne peut adresser de reproches graves peut conserver la garde de l’enfant même si l’intérêt de ce dernier exige clairement qu’il soit confié à autrui. Il est basé sur la prémisse que la seule limitation apportée à l’autorité parentale provient de l’art. 654 C.C.Q. qui a trait à la déchéance de l’autorité parentale. Avec égards pour l’opinion contraire, je considère que l’art. 30 C.C.B.-C. qui fait de l’intérêt de l’enfant le motif déterminant des décisions prises à son sujet permet d’attribuer la garde d’un enfant à un tiers lorsqu’il y va de son bien-être, en



absence of any wrongful behaviour on the part of the person having parental authority.

The child's interest has become the cornerstone of decisions concerning it in Quebec civil law. The reform of family law introduced in 1980 by the adoption of the *Act to establish a new Civil Code and to reform family law*, S.Q. 1980, c. 39, has made the child's interest paramount. The rule that the child's interest must prevail was for the first time unequivocally recognized in the *Civil Code* with that reform:

30. In every decision concerning a child, the child's interest and the respect of his rights must be the determining factors.

Consideration may be given in particular to the child's age, sex, religion, language, character and family surroundings, and the other circumstances in which he lives.

The adoption of art. 30 *C.C.L.C.* was accompanied by a number of legislative amendments intended to apply this criterion to the various situations in which the child's welfare is likely to be compromised. The legislature also imposed on the courts a duty to ensure that the child's interest is protected. The judge has an obligation to appoint a tutor *ad hoc* for the child in all cases where the interest of the child is opposed to that of the person having parental authority or where the child is unable to determine his own interest (art. 816.1 *C.C.P.*) Where the court finds that the interest of the child is at stake and that it is necessary for the safeguarding of that interest that the child be represented, it may, even of its own motion, adjourn the hearing of the application until an attorney is appointed to represent the child (art. 816 *C.C.P.*) It also comes within the role of the court to see to the interests of the child at all stages of proceedings for separation as to bed and board (art. 528 *C.C.Q.*) If the latter is based on a draft agreement, the judge must strike out or amend the clauses of the provisional covenant that appear contrary to the interests of the child (art. 822.2 *C.C.P.*) Under art. 822.3 *C.C.P.*, he may even dismiss the application for separation as to bed and board if he finds that the draft agreement does not sufficiently preserve the interests of the

l'absence même de tout comportement fautif du titulaire de l'autorité parentale.

L'intérêt de l'enfant est devenu en droit civil québécois la pierre angulaire des décisions prises à son endroit. La réforme du droit de la famille mise de l'avant en 1980 par l'adoption de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, chap. 39, a consacré le caractère primordial du critère de l'intérêt de l'enfant. Le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant a alors été reconnu pour la première fois de façon non équivoque dans le *Code civil*:

30. L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet.

On peut prendre en considération, notamment, l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve.

L'adoption de l'art. 30 *C.c.B.-C.* s'est accompagnée de plusieurs modifications législatives destinées à assurer l'application de ce critère aux diverses situations où le bien-être de l'enfant est susceptible d'être compromis. Le législateur a en outre imposé aux tribunaux le devoir de veiller à la protection des intérêts de l'enfant. Il est du devoir du juge de désigner un tuteur *ad hoc* à l'enfant dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant est opposé à celui du titulaire de l'autorité parentale ainsi que dans ceux où l'enfant ne peut déterminer son propre intérêt (art. 816.1 *C.p.c.*) Lorsqu'il constate que l'intérêt de l'enfant est en jeu et qu'il est nécessaire pour en assurer la sauvegarde que l'enfant soit représenté, le tribunal peut, même d'office, ajourner l'instruction jusqu'à ce qu'un procureur soit chargé de représenter l'enfant (art. 816 *C.p.c.*) Le tribunal a aussi pour mission de veiller aux intérêts de l'enfant à tout moment de l'instance en séparation de corps (art. 528 *C.c.Q.*) Si celle-ci a lieu sur projet d'accord, le juge doit supprimer ou modifier les clauses de la convention temporaire qui paraîtraient contraires à l'intérêt de l'enfant (art. 822.2 *C.p.c.*) Il peut même, selon l'art. 822.3 *C.p.c.*, rejeter la demande en séparation de corps s'il constate que le projet d'accord ne préserve pas suffisamment les intérêts de l'enfant. Ces dispositions mettent en relief de façon indiscu-

child. These provisions make clear beyond any question the decisive role of the child's interest and the need to give this interest priority in certain circumstances over interests which may be opposed to it.

The wording of art. 30 *C.C.L.C.* itself confirms that the child's interest can sometimes prevail over that of the person having parental authority if these interests come into conflict. Article 30 *C.C.L.C.* states that the child's interest must be considered in light of, *inter alia*, "the child's age, sex, religion, language, character and family surroundings, and the other circumstances in which he lives". Despite the considerable weight that must be given to them, family surroundings are not the determining factor: they are just one factor among others to be considered. Article 647 *C.C.Q.* implies with good reason that family surroundings are the best place to ensure that the child's welfare is protected. But this is a presumption that can be rebutted. If, for whatever reason, it happens that the child's development could be compromised by its being left at its parents' home or returned there, the child's interest justifies passing over the rights of the person having parental authority. The child's interest does not put an end to such authority but indicates the limits on its exercise. As Professor Knoppers observed concerning the adoption of art. 30 *C.C.L.C.*:

What has occurred then may well be a complete reversal of the attitude of the law towards children, the new approach considering their interests as primary over those of their parents. This approach is all the more evident in the new provisions aimed at protecting the child during or following a marriage breakdown. In these cases it is not only the equality principle [of the spouses] that is to guide the court, but also the principle of the best interests of the child.

(B. M. Knoppers, *op. cit.*, at p. 212.)

This interpretation of art. 30 *C.C.L.C.* and the relative nature of the rights conferred by parental authority seems to me to be consistent with the legislative intent underlying that provision, which also finds expression in ss. 3 and 4 of the *Youth Protection Act*:

table le rôle prépondérant de l'intérêt de l'enfant et la nécessité de lui accorder, en certaines circonstances, la priorité sur les intérêts qui pourraient lui être opposés.

Le libellé de l'art. 30 *C.c.B.-C.* confirme lui-même que l'intérêt de l'enfant peut primer à l'occasion sur celui du titulaire de l'autorité parentale s'ils entrent en conflit. L'article 30 *C.c.B.-C.* énonce que l'intérêt de l'enfant s'évalue en prenant en considération notamment «l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve». Malgré le poids considérable qui doit lui être accordé, le milieu familial n'est donc pas le critère déterminant: il demeure un facteur qui doit être considéré parmi d'autres. L'article 647 *C.c.Q.* présume à juste titre que le milieu familial constitue le foyer le plus susceptible d'assurer le bien-être de l'enfant. Mais c'est une présomption qui peut être renversée. S'il avère que, quelle qu'en soit la cause, le développement et l'épanouissement de l'enfant risquent d'être compromis du fait qu'il est laissé chez ses parents ou qu'il y est retourné, l'intérêt de l'enfant permet alors de passer outre aux droits du titulaire de l'autorité parentale. L'intérêt de l'enfant ne supprime donc pas l'autorité mais il prescrit les paramètres de son exercice. Comme le souligne le professeur Knoppers au sujet de l'adoption de l'art. 30 *C.c.B.-C.*:

[TRADUCTION] Il peut bien alors s'être produit un renversement complet de l'attitude du droit à l'égard des enfants, la nouvelle position accordant une importance principale à leurs intérêts par rapport à ceux de leurs parents. Cette position ressort encore plus des nouvelles dispositions qui visent à protéger l'enfant pendant la dissolution du mariage ou après celle-ci. Dans ces cas, c'est non seulement le principe de l'égalité [des conjoints] qui doit guider le tribunal mais également le principe de l'intérêt véritable de l'enfant.

(B. M. Knoppers, *op. cit.*, à la p. 212.)

Cette interprétation de l'art. 30 *C.c.B.-C.* et du caractère relatif des droits que confère l'autorité parentale me semble conforme à l'intention du législateur que l'on retrouve également exprimée aux art. 3 et 4 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*:

3. Decisions made under this Act must be in the interest of the child and respect his rights.

4. Every decision made under this Act must contemplate the child's remaining with his family. If, in the interest of the child, his remaining with or returning to his family is impossible, the decision must contemplate his being provided with continuous care and stable conditions of life corresponding to his needs and his age and as nearly similar to those of a normal family environment as possible. [Emphasis added.]

In my opinion, it cannot be argued that deprivation of parental authority is the sole manner in which limitations may be imposed on the custody right of the person having parental authority. Such a suggestion would amount to denying that the child's interest is the determining factor when custody is disputed. There can be no question that art. 30 *C.C.L.C.* applies to custody matters. Article 30 *C.C.L.C.* is based on the *Draft Civil Code* proposed by the Civil Code Revision Office, which in a chapter entitled "Provisions Relating to Children", proposed an article which is fundamentally identical:

25 In every decision concerning a child, whether that decision is made by his parents, by the persons acting in their stead, by those entrusted with his custody or by judicial authority, the child's interest must be the determining factor.

Consideration is given in particular to the child's age, sex, religion, language, character and family surroundings, and the other circumstances in which he lives.

(Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code: Draft Civil Code* (1978), vol. I, at p. 9.)

The comments of the Office on this provision clearly indicate its applicability to custody:

This article is new. It states the principle that the child's interest is of supreme importance when decisions concerning him are made. It also determines the criteria by which the court must be guided in its assessment, particularly in cases of adoption, custody or support.

(Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code: Commentaries*, vol. II, t. 1, at p. 28.)

3. Les décisions prises en vertu de la présente loi doivent l'être dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits.

4. Toute décision prise en vertu de la présente loi doit tendre à maintenir l'enfant dans son milieu parental. Si, dans l'intérêt de l'enfant, un tel maintien ou le retour dans son milieu parental n'est pas possible, la décision doit tendre à lui assurer la continuité des soins et la stabilité des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge et se rapprochant le plus d'un milieu parental normal. [Je souligne.]

On ne peut prétendre, à mon avis, que la déchéance de l'autorité parentale prévoit de façon exclusive les limitations qui peuvent être apportées au droit de garde du titulaire de l'autorité parentale. Cette affirmation reviendrait à nier le caractère déterminant de l'intérêt de l'enfant lorsque la garde de celui-ci est contestée. L'application de l'art. 30 *C.c.B.-C.* en matière de garde ne saurait faire de doute. L'article 30 *C.c.B.-C.* tire son origine du *Projet de Code civil* présenté par l'Office de révision du Code civil qui proposait au chapitre intitulé «Dispositions relatives aux enfants» un article sensiblement identique:

25 L'intérêt de l'enfant doit être la considération déterminante de toute décision qui le concerne, qu'elle soit prise par ses parents, par les personnes qui en tiennent lieu ou qui en ont la garde ou par l'autorité judiciaire.

On tient compte, notamment, de l'âge, du sexe, de la religion, de la langue, du caractère de l'enfant, de son milieu familial et des autres circonstances dans lesquelles il se trouve.

(Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil* (1978), vol. I, à la p. 9.)

Les commentaires de l'Office au sujet de cette disposition indiquent clairement son applicabilité en matière de garde:

Cet article est nouveau. Il énonce le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant dans les décisions qui le concernent. Il précise, en outre, les critères qui doivent guider le tribunal dans son appréciation, notamment en cas d'adoption, de garde ou de pension alimentaire.

(Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec: Commentaries*, vol. II, t. 1, à la p. 30.)

Articles 568 to 570 *C.C.Q.* also stress the primacy of the child's interest by adopting the criterion established by art. 30 *C.C.L.C.* for the situation in which a third person claims custody of the child from the person having parental authority:

**568.** Divorce does not deprive the children of the advantages secured to them by law or by the marriage contract.

The rights and duties of fathers and mothers towards their children are unaffected by divorce, subject to the following provisions. [Emphasis added.]

**569.** The court, in granting the divorce or subsequently, decides as to the custody, maintenance and education of the children, in their interest and in the respect of their rights, taking into account the agreements made between the spouses, where such is the case. [Emphasis added.]

**570.** Whether custody is entrusted to one of the spouses or to a third person, the father and mother retain the right of watching over the maintenance and education of the children, and are obliged to contribute thereto in proportion to their means.

Although art. 569 is not in force as regards divorce, these three provisions do govern the award of custody of children where a marriage is annulled or the parents are separated as to bed and board (arts. 439, 535 and 536.1 *C.C.Q.*) By adopting the very wording of art. 30 *C.C.L.C.*, art. 569 *C.C.Q.* makes it clear beyond doubt that the child's interest is the only criterion to be considered in awarding custody. Article 570 *C.C.Q.*, based solely on this criterion, authorizes the court to award custody to a third person even though both parents are prepared to assume its exercise. *A fortiori* this may also be the case when a third person wishes to obtain custody of a child from the sole surviving parent, if it appears that the child's interest requires such a solution.

Another important legislative amendment which also occurred in 1980 supports the conclusion that the child's interest must be given priority when it is inconsistent with the rights of the person having parental authority. The former art. 245 of the *Civil Code of Lower Canada* provided that the delegation by a parent of the exercise of his or her custody right was revocable at any time:

Les articles 568 à 570 *C.c.Q.* réitèrent d'ailleurs la primauté de l'intérêt de l'enfant en adoptant le critère établi par l'art. 30 *C.c.C.-B.* dans la situation où un tiers réclame du titulaire de l'autorité parentale la garde de l'enfant:

**568.** Le divorce ne prive pas les enfants des avantages qui leur sont assurés par la loi ou par le contrat de mariage.

Il laisse subsister les droits et les devoirs des père et mère à l'égard de leurs enfants, sous réserve de ce qui suit. [Je souligne.]

Au moment où il prononce le divorce ou postérieurement, le tribunal statue sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants, dans l'intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits, en tenant compte, s'il y a lieu, des accords conclus entre les époux. [Je souligne.]

Que la garde des enfants ait été confiée à un des époux ou à une tierce personne, les père et mère conservent le droit de surveiller leur entretien et leur éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

Même si l'art. 569 n'est pas en vigueur pour fins de divorce, il n'en reste pas moins que ces trois dispositions régissent l'attribution de la garde des enfants lors de la nullité de mariage ou de la séparation de corps des parents (art. 439, 535 et 536.1 *C.c.Q.*) En reprenant les termes mêmes de l'art. 30 *C.c.B.-C.*, l'art. 569 *C.c.Q.* consacre de façon indubitable que l'intérêt de l'enfant est le seul critère qui doit être considéré dans l'attribution de la garde d'un enfant. L'article 570 *C.c.Q.* permet même, sur la base de ce seul critère, de confier la garde à un tiers quoique les deux parents puissent être disposés à l'exercer. *A fortiori* peut-il en être ainsi lorsqu'un tiers désire obtenir la garde d'un enfant à l'encontre du seul parent survivant, s'il appert que l'intérêt de l'enfant exige une telle solution.

Une autre modification législative d'importance, survenue également en 1980, était la conclusion que l'intérêt de l'enfant doit prévaloir lorsqu'il est incompatible avec les droits du titulaire de l'autorité parentale. L'ancien art. 245 du *Code civil du Bas-Canada* prévoyait que la délégation par un parent de l'exercice de son droit de garde était révocable en tout temps:

245. The person having parental authority may delegate the custody, education and supervision of the child. Such delegation may be revoked at any time.

This article was repealed when the *Civil Code of Quebec* was adopted, S.Q. 1980, c. 39, s. 14. Article 649 *C.C.Q.*, which now provides for the custody of a child to be delegated, no longer authorizes the person having parental authority to recover exercise of custody at any time if this would conflict with the child's right not to be disrupted by removal from surroundings in which it may have developed close ties essential to its welfare:

649. The person having parental authority may delegate the custody, supervision or education of the child.

The return of the child to its family is thus subordinated to the child's interest (R. Joyal-Poupart, "La loi 89 et l'autorité parentale" (1982), 13 *R.G.D.* 97, at pp. 100-101; B. M. Knoppers, *op. cit.*, at p. 217). This limitation on the rights of parental authority is in no way connected with a requirement that there be present serious cause which can be attributed to the holder's conduct. A parent may have delegated custody of his or her child pursuant to art. 649 *C.C.Q.* for reasons which are quite legitimate, such as illness, poverty or separation by distance caused by working abroad in order to support the family. That it may be impossible even to partially deprive the person having parental authority does not mean that the child will have to return to live with its parent if the result leads to a traumatism or a major emotional upheaval.

The concern to protect the child's interest has been expressed in a number of recent decisions in which custody was awarded to a third person for the child's well-being, even though the facts did not establish against the person having parental authority any serious cause that could lead to total or partial deprivation. These decisions are subsequent to the introduction of the concept of deprivation into the *Civil Code*.

*Ménard v. Ménard*, J.E. 81-882 (C.A.), concerned the custody of a child who was five and a half years old when the proceedings began. The parents applied for *habeas corpus* against the

245. Le titulaire de l'autorité parentale peut déléguer la garde, l'éducation ou la surveillance de l'enfant. Cette délégation est révocable en tout temps.

Cet article a été abrogé lors de l'adoption du *Code civil du Québec*, L.Q. 1980, chap. 39, art. 14. L'article 649 *C.c.Q.* qui permet désormais la délégation de la garde d'un enfant n'autorise plus le titulaire à en recouvrer l'exercice à tout moment, sans égard au droit de l'enfant à ne pas être perturbé en étant retiré d'un milieu de vie où il peut avoir développé des liens étroits essentiels à son bien-être:

649. Le titulaire de l'autorité parentale peut déléguer la garde, la surveillance ou l'éducation de l'enfant.

Le retour de l'enfant dans sa famille est donc devenu subordonné à l'intérêt de l'enfant (R. Joyal-Poupart, «La loi 89 et l'autorité parentale» (1982), 13 *R.G.D.* 97, aux pp. 100 et 101; B. M. Knoppers, *op. cit.*, à la p. 217). Cette restriction aux droits de l'autorité parentale n'est aucunement liée à la nécessité de retrouver dans le comportement du titulaire un motif grave qui puisse lui être imputé. Un parent peut avoir délégué, conformément à l'art. 649 *C.c.Q.*, la garde de son enfant pour un motif tout à fait légitime tel la maladie, l'indigence ou encore l'éloignement causé par un travail à l'extérieur afin de subvenir aux besoins de la famille. L'impossibilité de déchoir même partiellement le titulaire de son autorité parentale ne signifie pas pour autant que l'enfant doive retourner vivre chez son parent s'il en résulte un traumatisme ou un bouleversement émotionnel important.

Le souci de préserver l'intérêt de l'enfant a été exprimé dans de nombreuses décisions récentes où la garde a été confiée à une tierce personne en fonction du bien-être de l'enfant quoique les faits ne permettaient pas de retenir contre le titulaire de l'autorité parentale un motif grave susceptible d'entraîner la déchéance totale ou partielle. Ces décisions sont subséquentes à l'introduction du concept de déchéance dans le *Code civil*.

L'arrêt *Ménard c. Ménard*, J.E. 81-882 (C.A.), met en cause la garde d'une enfant âgée de cinq ans et demi lors du début des procédures. Les parents intentent un recours en *habeas corpus*

uncle and aunt, who in turn filed an application for custody of the child whom they had cared for since her birth, apart from a brief five-month interval. The mother gave birth in very unfortunate circumstances. While still pregnant, the appellant learned that she was suffering from cancer. She had to undergo a number of operations during her pregnancy which led to many complications. The child was given to the uncle and aunt at birth. Seventeen months later, the mother took the child back, but had to return it to the respondents' custody some time later following another operation. The respondents continued to have custody of the child with the parents' consent until the latter decided to institute proceedings to recover custody of her. The trial judge first in an interim judgment postponed the final decision and awarded custody to the uncle and aunt while giving the appellants substantial rights to care for the child at their home. This experiment proved successful. On the basis of further evidence, however, the Superior Court in its final judgment awarded custody to the respondents and dismissed the parents' action, giving them nevertheless the right to care for their daughter every other weekend, for one week during the Christmas holidays and for a month in the summer: [1981] C.S. 50.

This judgment was affirmed by the Court of Appeal. Bernier J.A. held that the trial judge properly considered that it was in the child's interest for her to remain with her uncle and aunt even though the appellants were excellent parents:

[TRANSLATION] The trial judge stated the law correctly. He considered the rule that when a very young child is held by a third person against the wishes of its father and mother, it is presumed to be held illegally; that however this is only a presumption which may be rebutted; that the child should be left in the custody of the third persons concerned if, in view of the particular circumstances of the case, this is in its best interest, a matter which is in the judge's discretion.

Further, there is no doubt that the applicants are a close couple and are excellent parents for their daughter Chantale, and there is no reason to think they would be otherwise with Isabelle.

contre l'oncle et la tante qui à leur tour présentent une requête demandant la garde de l'enfant dont ils ont pris soin depuis sa naissance, à l'exception d'un bref intervalle de cinq mois. La mère a accouché dans des circonstances pénibles. Alors qu'elle est enceinte, l'appelante apprend qu'elle est atteinte de cancer; elle doit subir durant la période de la grossesse de nombreuses opérations qui entraînent de multiples complications. Dès sa naissance, l'enfant est remise à l'oncle et à la tante. Dix-sept mois plus tard, la mère reprend l'enfant mais elle doit en remettre la garde aux intimés quelque temps après en raison d'une nouvelle intervention chirurgicale. Les intimés continuent d'exercer la garde du consentement des parents jusqu'au moment où ceux-ci décident d'entamer des procédures pour récupérer la garde. Le juge de première instance rend dans un premier temps un jugement intérimaire par lequel il ajourne l'adjudication finale pour confier la garde à l'oncle et à la tante tout en accordant des droits substantiels d'hébergement aux appelants. Cette expérience s'avère heureuse; à la suite d'une preuve additionnelle, la Cour supérieure confie toutefois par jugement final la garde aux intimés et rejette le recours des parents en leur accordant néanmoins le droit de recevoir leur fille une fin de semaine sur deux, une semaine durant la période des Fêtes et un mois durant l'été: [1981] C.S. 50.

Ce jugement est confirmé par la Cour d'appel. Le juge Bernier statue que le juge de première instance considère à bon droit que l'intérêt de l'enfant dicte qu'il reste chez son oncle et sa tante même si les appelants sont d'excellents parents:

Le premier juge s'est bien dirigé en droit. Il a tenu compte de la règle à l'effet que lorsqu'un enfant en bas âge est gardé par un tiers contre le gré de ses père et mère, il est présumé être détenu illégalement; qu'il ne s'agissait là cependant que d'une présomption qui pourra être contrée; qu'il y aura lieu de laisser l'enfant à la garde des tiers concernés si tel est là l'intérêt fondamental de l'enfant, eu égard aux circonstances particulières du cas, question laissée à la discrétion judiciaire du juge.

D'autre part, il ne fait aucun doute que les requérants font un couple uni et d'excellents parents pour leur fille Chantale, et il n'y a pas lieu de croire qu'ils agiraient autrement avec Isabelle.

The question is whether, in the circumstances of the case, it is in the child's interest for the status quo to be altered at this time. The obstacle is that the appellants are practically strangers to the child. Without blaming them in any way the fact remains that, as the judge properly concluded on the evidence, the appellants had practically speaking abandoned her, or what amounts to the same thing, relinquished her maintenance and education to the respondents without making any effort to establish and maintain ties of affection with her. They cannot be blamed for entrusting the child to the respondents: it was the best they could do in the interest of the child in the circumstances. Because of her illness and the many complications which subsequently arose, the appellant mother was physically incapable of caring for this child, and indeed not even for her other child Chantale. This was also true with the appellant father, who had to take over the family business, first because of his father's illness and then the latter's death, and this took up nearly all of his time . . .

I concur with the trial judge that the weight of the expert evidence is that, in the circumstances, altering the status quo would involve a great risk to the child's psychological well-being. Like him, I consider that the Court should accept the opinion of the psychologist, Mariette Lepage, that there is nothing to be gained by moving Isabelle and that, on the contrary, there would be significant advantages if she were to continue living with the respondents and to be able to continue developing a healthy and harmonious relationship with the appellants. [Emphasis added.]

The Court of Appeal did not mention *Ménard v. Ménard*. Nevertheless, I think that it contradicts the principles applied by the Court of Appeal in the case at bar.

The possibility of entrusting a child to the care of a third person in the absence of serious cause for total or partial deprivation has previously been discussed in *Legault v. Figueroa*, [1978] C.A. 82. Although he concluded that the father's attitude in no way suggested either a lack of interest or abandonment, Mayrand J.A. noted in that case that he would have been prepared to leave the custody with the grandparents who, along with the mother, had looked after the child for many years, if the return of the child to his father had had a harmful effect on his development (at p. 86):

[TRANSLATION] If the evidence definitely showed that Roberto's return to his father would be harmful to

La question est de savoir si, dans les circonstances du cas, il est de l'intérêt de l'enfant que le *statu quo* soit actuellement modifié. L'obstacle est que les appelants sont pratiquement des étrangers pour l'enfant. Sans en cela les blâmer d'aucune façon, le fait demeure, comme le juge en a conclu à juste titre de la preuve, les appelants l'ont en pratique abandonnée, ou ce qui revient au même s'en sont complètement remis aux intimés pour son entretien et son éducation sans se préoccuper de faire naître et d'entretenir chez l'enfant des liens affectifs à leur égard. Ils ne peuvent être blâmés d'avoir confié l'enfant aux intimés; c'est ce qu'ils pouvaient faire de mieux dans le meilleur intérêt de l'enfant dans les circonstances. À cause de sa maladie et des complications multiples qui survinrent par la suite, l'appelante s'est vue incapable physiquement de s'occuper de l'enfant et, à ce titre, même de son autre enfant Chantale. Ce fut aussi le cas de l'appelant qui a dû prendre charge du commerce familial, d'abord à cause de la maladie de son père et ensuite du décès de celui-ci, ce qui prit la presque totalité de son temps . . .

Je suis aussi de l'avis du premier juge que la prépondérance de la preuve des témoins-experts est à l'effet qu'il y aurait un grand risque pour la santé psychologique de l'enfant de modifier le *statu quo* dans les circonstances. Comme lui, je suis d'avis qu'il y a lieu d'accepter l'opinion de la psychologue, Mariette Lepage, à l'effet qu'il n'y aurait aucun avantage à déplacer Isabelle et par contre qu'il y aurait énormément d'avantages à ce qu'elle continue de demeurer avec les intimés et qu'elle puisse continuer à développer des relations saines et harmonieuses avec les appelants. [Je souligne.]

La Cour d'appel ne mentionne pas l'arrêt *Ménard c. Ménard*. Pourtant il me paraît contre-dire les principes qu'elle énonce en l'espèce.

La possibilité de confier un enfant à un tiers en l'absence d'un motif grave de déchéance totale ou partielle avait déjà été évoquée dans *Legault c. Figueroa*, [1978] C.A. 82. Malgré qu'il ait conclu que l'attitude du père excluait toute idée de désintéressement et d'abandon, le juge Mayrand y souligne qu'il aurait été disposé à laisser la garde aux grands-parents qui, avec la mère, avaient pris soin de l'enfant durant de nombreuses années, si le retour de l'enfant chez son père avait produit un effet néfaste sur son développement (à la p. 86):

Si la preuve révélait de façon certaine que la reprise de Roberto par son père lui serait préjudiciable, que la

the child, that moving him to another country would cause him a psychic trauma, I would be prepared to leave him with his grandparents. However, there is no evidence that moving the child would have harmful effects on him. According to the trial judge, whose opinion appears to me to be correct, the fears expressed in this regard by the appellants were not justified.

In *Gohier-Desfossés v. Gohier*, J.E. 79-23 (C.S.), a mother claimed from her sister custody of the child she had to leave with her at birth because of very unfortunate circumstances. The appellant, who was single and twenty-two years old when her son was born, was forced to give him up by her parents who wanted to conceal the birth at all costs. The child was given to his aunt and her husband who had already begun raising a family. On the evidence the Court concluded that the mother had never expressly renounced her rights over the child. At the hearing of the application, however, the child categorically refused to go and live with his mother. Jules Beauregard J. dismissed the mother's application on the following grounds:

[TRANSLATION] The Court is aware that the rights resulting from paternal authority belong to the parents from the time the child is born (arts. 243, 244 and 113 C.C.) The blood relationship between the mother and the child, though very strong, does not give her an absolute priority over persons who have raised the child since its very early years, [a child which] is now old enough to exercise a choice that may be viewed as judicious. Moreover, the courts have approved the principle that parental authority should yield to the child's interest.

There seems to be no doubt that the applicant has been the quite unintentional victim of a serious injustice, and has been unable, especially on account of her father, to take on the role of mother to her child and, because of her inadequate behaviour, she has unintentionally alienated the respect and affection of her child.

However, in the best interest of the child the Court considers that he should remain in the family surroundings he has known since birth.

If the applicant is deeply attached to the child, as she appeared to indicate at the hearing, it would be desir-

transplantation de l'enfant dans un autre pays lui causerait un traumatisme psychique, je serais disposé à le laisser chez ses grands-parents. Mais la preuve ne permet pas d'affirmer que le déplacement de l'enfant aura sur lui des effets nocifs. Selon le juge de première instance, dont l'avis me paraît judicieux, les appréhensions manifestées par les appelants à ce sujet ne sont pas justifiées.

Dans *Gohier-Desfossés c. Gohier*, J.E. 79-23 (C.S.), une mère réclame de sa sœur la garde de l'enfant qu'elle a dû lui laisser dès l'accouchement en raison de circonstances très pénibles. Célibataire et âgée de vingt-deux ans lors de la naissance de son fils, la requérante a été contrainte de se départir de son enfant par ses parents qui voulaient cacher à tout prix cette naissance. L'enfant a été confié à sa tante et son époux qui ont déjà commencé à élever une famille. Le tribunal juge d'après la preuve que la mère n'a jamais renoncé explicitement à ses droits sur l'enfant. L'enfant refuse toutefois catégoriquement d'aller vivre chez sa mère lors de l'audition de la requête. Le juge Jules Beauregard rejette la demande de la mère pour les motifs suivants:

La Cour est consciente que les droits résultant de la puissance paternelle appartiennent aux parents dès la naissance de l'enfant (art. 243, 244 et 113 C.c.) Les liens du sang entre mère et enfant, quoique très forts, ne lui donnent cependant pas une priorité absolue face à des personnes qui ont élevé un enfant depuis sa tendre enfance et qui a aujourd'hui atteint un âge assez avancé pour exercer un choix qui pourrait être considéré judicieux. La jurisprudence a de plus sanctionné le principe que l'autorité parentale doit céder devant l'intérêt de l'enfant.

Il ne semble faire de doute que la requérante a été la victime bien involontaire d'une sérieuse injustice, ayant été dans l'impossibilité, particulièrement à cause de son père, de jouer son rôle de mère à l'égard de son enfant et à cause d'un comportement inadéquat, s'est aliéné involontairement l'estime et l'affection de son enfant.

Toutefois dans le plus grand intérêt de l'enfant la Cour considère que ce dernier doit demeurer dans le milieu familial qu'il a toujours connu depuis sa naissance.

Il serait souhaitable, si la requérante aime profondément son enfant comme elle a semblé l'indiquer à l'en-



able for her to accept this decision in her child's best interest. She should make this ultimate sacrifice and act differently toward her child in future in the hope that one day he will return to her of his own accord so that closer and highly beneficial relations can be established. [Emphasis added.]

The criterion of the child's interest also led the Superior Court to award custody of a child to a third person in *Droit de la famille—86*, [1983] C.S. 1017. The mother obtained custody of her daughter in divorce proceedings, and subsequently lived together with another man, the respondent in this case. On the death of his ex-wife, the father filed an application against the respondent for custody of the child and the respondent replied by seeking custody of the child for himself and deprivation of the father's parental authority. The applicant's daughter, who was then fourteen years old, clearly expressed her wish to remain with the respondent. At the Court's request, she went to stay with her father during the Christmas holidays but the attempt to foster a renewal of relations failed.

Durocher J. dismissed the application for deprivation of parental authority. He held that the father's various efforts to remain in touch with his daughter prevented him from concluding that there had been any "serious cause" within the meaning of art. 654 C.C.Q. Nevertheless, he awarded custody of the child to the person she regarded as her father, stating that the criterion of the child's interest set forth in art. 30 C.C.L.C. permitted such a solution (at pp. 1020-21):

[TRANSLATION] It can thus be seen that even in a matter involving parental authority the criterion of the child's interest has been given priority.

Custody of a child can be given to another without depriving the parent of his parental authority, though in practice and in fact it will be difficult to exercise such authority without custody.

With the child's interest in mind the Court approves the choice clearly indicated by her. She was old enough and sensible enough to make such a choice. It is true that she made it on the basis of emotional considerations. That is perhaps understandable in a girl who had

quête, qu'elle puisse accepter cette décision dans le plus grand intérêt de son enfant. Elle doit faire ce sacrifice ultime et avoir à l'avenir un comportement différent envers son enfant avec l'espoir qu'un jour de son plein gré il se retourne vers elle de façon à ce qu'il y ait un rapprochement entre eux qui serait des plus bénéfiques. [Je souligne.]

Le critère de l'intérêt de l'enfant a également conduit la Cour supérieure à accorder à une tierce personne la garde d'un enfant dans *Droit de la famille—86*, [1983] C.S. 1017. La mère a obtenu lors du divorce la garde de sa fille, puis a fait vie commune avec un autre homme, l'intimé en espèce. Suite au décès de son ancienne épouse, le père présente contre l'intimé une requête pour garde d'enfant et l'intimé réplique en demandant la garde de l'enfant et la déchéance de l'autorité parentale du père. La fille du requérant, alors âgée de quatorze ans, exprime clairement son choix de demeurer chez l'intimé. À la demande du tribunal, elle va séjourner chez son père durant les vacances de Noël mais la tentative de favoriser la reprise des relations échoue.

Le juge Durocher rejette la demande en déchéance de l'autorité parentale. Il juge que les divers efforts du père pour rester en contact avec sa fille l'empêchent de conclure en la présence d'un «motif grave» au sens de l'art. 654 C.c.Q. Il confie néanmoins la garde de l'enfant à celui qu'elle considère comme son père en déclarant que l'intérêt de l'enfant énoncé à l'art. 30 C.c. B.-C. permet une telle solution (aux pp. 1020 et 1021):

On constate donc que, même en matière d'autorité parentale, on a consacré une fonction primordiale au critère de l'intérêt de l'enfant.

On peut confier la garde d'un enfant à une personne sans déchoir un parent de son autorité parentale, bien que, en pratique et en fait, il soit difficile d'exercer l'autorité sans la garde.

Le Tribunal retient ici, dans cet objectif de l'intérêt de l'enfant, le choix qu'elle a clairement indiqué. Elle est en effet assez âgée et consciente pour faire ce choix. Il est vrai qu'elle le fait en étant inspirée par des raisons d'ordre émotif. Cela peut se comprendre chez une jeune

lost her mother not long before. Unfortunately she knew little of her father and it is natural for her to turn towards the person who has long "served as a male model", to use the language of the psychological experts who testified before this Court.

However, this choice can be justified on other grounds. As we have seen, Mr. B... has a sincere affection for her. He provides for her material needs and can continue doing so. He also provides for her education in other areas. He allows her to remain in contact with other members of her mother's family and his own.

Briefly stated, she has found the stability which a child seeks. Conversely, the Court considers that changing her surroundings would be a source of emotional and psychological problems that would not be advisable to impose on her.

A situation essentially similar to that in the appeal at bar arose in *Droit de la famille—110*, [1984] C.S. 99. The child whose custody was claimed by the father had been entrusted to the boy's aunt in 1982, two months before his mother's death. He stayed there subsequently despite a request by his father in 1983 that he return to the family home. The intervention of a social worker was unsuccessful in bringing the father and his son together. The fifteen-year-old youth persisted in his refusal to return to his father's home. Gomery J. awarded custody to the child's aunt, while recognizing that the boy's father continued to be the sole person having parental authority after his wife's death (at p. 101):

[TRANSLATION] It is not in dispute that the applicant is the sole person having parental authority over the mis en cause, as his mother is dead (article 648 C.C.Q.). . .

In attempting to resolve the issue, however, the Court must be guided primarily by the child's interest: article 30 of the *Civil Code of Lower Canada* states that it must be so, and the principle is repeated in the very wording of article 653 C.C.Q. Accordingly, it is not simply a matter of giving legal effect to the wishes of the person having parental authority, but instead one must consider whether these wishes are best for the son's welfare.

The applicant has shown a lack of interest in the mis en cause since his wife's death. It is in part because of his absence from his son's life that the relations between father and son are not close: M... mentioned that they had a communication problem and he has become convinced that his father was never concerned about him.

filles qui avait alors perdu sa mère depuis peu. Elle a malheureusement peu connu son père et il est naturel qu'elle se tourne vers celui qui lui a depuis longtemps «servi de modèle masculin», pour employer le langage des experts psychologues qui témoignent devant nous.

Mais ce choix est justifiable sous d'autres aspects. Comme on l'a vu, M. B... lui porte une affection sincère. Il voit à ses besoins matériels et peut continuer à le faire. Il voit aussi à son éducation sur les autres plans. Il lui permet de demeurer en relations avec d'autres membres de la famille de sa mère et de la sienne.

En somme, elle y trouve la stabilité qu'une enfant recherche. Inversement, le Tribunal estime qu'un changement de milieu pour elle serait une source de problèmes d'ordre émotionnel et psychologique qu'il ne serait pas bon de lui imposer.

Une situation sensiblement analogue à celle que l'on retrouve au présent pourvoi s'est présentée dans *Droit de la famille—110*, [1984] C.S. 99. L'enfant dont la garde est réclamée par le père a été confié à sa tante en 1982, deux mois avant le décès de sa mère. Il y reste ensuite malgré la demande de son père en 1983 l'enjoignant de réintégrer le domicile familial. L'intervention d'un travailleur social ne permet pas au père et à son fils d'effectuer un rapprochement. L'adolescent de quinze ans persiste dans son refus de retourner chez son père. Le juge Gomery confie la garde de l'enfant à sa tante tout en reconnaissant que son père demeure l'unique titulaire de l'autorité parentale suite au décès de son épouse (à la p. 101):

Il n'est pas contesté que le requérant est le seul titulaire de l'autorité parentale sur le mis en cause, sa mère étant décédée (l'article 648 C.C.Q.). . .

Cependant en essayant de trancher le débat, le Tribunal doit être guidé surtout par l'intérêt de l'enfant; l'article 30 du *Code civil du Bas-Canada* le dit, et le principe est répété au texte même de l'article 653 C.C.Q. Donc, il ne s'agit pas simplement de donner la force de la loi à la volonté du titulaire de l'autorité parentale, mais plutôt d'examiner si son désir est la meilleure chose pour le bien-être de son fils.

Le requérant a démontré un manque d'intérêt au sujet du mis en cause depuis le décès de sa femme. En partie à cause de son absence de la vie de son fils, les relations père-fils ne sont pas proches: M... mentionne une difficulté de communication entre eux et a acquis la conviction que son père ne s'est jamais occupé de lui. Il associe

He associates the applicant's house with the unpleasant events he experienced during his mother's last illness. He is disturbed by the possibility of having to go back there. He attends the local school and participates in activities and sports. As is natural with a young person of his age his friends are of primary importance and they are mostly in Danville. Accordingly, the respondent's residence has become his family home, and the respondent and her husband are much more his family than is the applicant. He recognizes that he has to re-establish relations with the applicant, but it is apparent that this process will take time and patience. The psychologist who interviewed him recommended that the status quo be maintained.

The combination of these factors and the choice made by the child himself compel the Court to rule in favour of the wish expressed by him. However, a reconciliation between M... and his father will never take place if contact between them is not encouraged, so the mis en cause will be required to visit his father regularly, something to which he has no objection.

Finally, in a recent case Boudreault J. specifically refused to deprive a mother of her parental authority, while at the same time recognizing that it was in the child's interest for him to live with his aunt (*Droit de la famille*—228, [1985] C.S. 808). The mother of a young sixteen-year-old man, filed an application for a change of custody to vary a judgment rendered in 1979 refusing to award her custody of her son and instead awarding "legal" custody of the child to his aunt and "physical" custody to his grandmother. In support of her new application, the mother alleged that she had made use of her outing rights and been able to establish very good relations with her son. The young man admitted at the hearing that his relations with his mother were good but he expressed a definite wish to stay with his aunt, with whom he had gone to live because of his grandmother's age. Boudreault J. considered that it was in the young person's interest to maintain the status quo (at p. 810):

[TRANSLATION] The Court considers that it does not appear from the evidence or the circumstances to be in the interest of this young man, who will soon be seventeen years old, to oppose his wish to continue living with his father's family. This wish would not seem in itself to be in any way arbitrary or harmful and there is no serious consideration which militates in favour of a change of physical custody at this time of his life. On

en son esprit la maison du requérant avec les malheureuses expériences qu'il a vécues à l'occasion de la dernière maladie de sa mère. La possibilité qu'il soit obligé d'y retourner le rend inquiet. Il fréquente l'école locale et participe aux activités et sports. Naturellement pour une jeune personne de son âge, ses amis sont d'une importance primordiale et ils se trouvent principalement à Danville. Donc la résidence de l'intimée est devenue pour lui sa demeure familiale, et l'intimée et son mari sont sa famille beaucoup plus que le requérant. Il reconnaît qu'il doit rétablir ses relations avec le requérant, mais il est apparent que ce processus prendra du temps et de la patience. Le psychologue qui l'a évalué recommande le maintien du statu quo.

La combinaison de ces facteurs et le choix de l'enfant lui-même nous obligent à conclure en faveur du désir qu'il exprime. Cependant la conciliation entre M... et son père ne sera jamais accomplie si leurs contacts ne sont pas favorisés; donc le mis en cause sera requis d'aller voir son père régulièrement, chose à laquelle il dit n'avoir aucune objection.

Enfin, le juge Boudreault refuse spécifiquement dans une cause récente de déchoir une mère de son autorité parentale tout en reconnaissant que l'intérêt de l'enfant exige que celui-ci demeure chez sa tante (*Droit de la famille*—228, [1985] C.S. 808). La mère d'un jeune homme de seize ans présente une requête en changement de garde afin de modifier un jugement rendu en 1979 qui a refusé de lui accorder la garde de son fils pour attribuer plutôt à sa tante la garde «légale» et à sa grand-mère la garde «physique» de l'enfant. Au soutien de sa nouvelle requête, la mère allègue qu'elle s'est prévaluée de ses droits de sortie et est parvenue à établir de très bons rapports avec son fils. Le jeune homme admet à l'enquête que les relations avec sa mère sont bonnes mais il exprime toutefois le net désir de rester chez sa tante avec laquelle il est allé vivre à cause de l'âge de la grand-mère. Le juge Boudreault estime qu'il est dans l'intérêt de cet adolescent de maintenir le statu quo (à la p. 810):

Le Tribunal estime qu'il n'apparaît pas de la preuve ou des circonstances qu'il soit dans l'intérêt de ce jeune homme, qui aura bientôt 17 ans, de contrer son désir de continuer à habiter dans la famille de son père. Ce désir, en soi, n'apparaît nullement arbitraire ou néfaste et aucun fait sérieux ne milite en faveur d'un changement de garde physique à ce moment de son existence. D'après la preuve, E... ne démontre aucun trouble fonc-

the evidence, E... has no functional problem to which a possible solution must be found.

The wishes and preferences of children as regards their custody must be given due consideration by the courts, though their importance may vary with the age and maturity of the child expressing them.

Boudreault J. dissociated himself from the position taken by the Court of Appeal in *Droit de la famille—52, supra*, and considered that the child's interest should have priority even where there is no serious cause for deprivation (at p. 810):

[TRANSLATION] However, despite the interpretation that the Court of Appeal gave to the articles of the Code dealing with parental authority, and despite the fact that since 1979 there has not been any evidence of a cause, serious or otherwise, for which the mother should be even partially deprived of her parental authority, this Court with respect is not persuaded that in the circumstances of the case at bar it should force a young seventeen-year-old man, against his reasonable wish, to live with his mother with whom he has not lived since the age of two and a half. The risk of an unfavourable reaction by the young man, which could adversely affect future good relations between the mother and the child, can only mean that the reasonable and sober wish of E... should be respected by the courts when he is only one year away from the age of majority.

Article 30 C.C. makes no distinction when it provides that the child's interest and respect for his rights should be the determining factors in decisions concerning him. While it is true that practically speaking—and even this is a presumption—a child's interest is such that he should stay with his father or mother, or with one of them, there may nevertheless be exceptional circumstances unconnected with that father or mother which may justify the courts allowing the child to live elsewhere. [Emphasis added.]

The cases cited above show that it is not necessary, for the purposes of art. 30 C.C.L.C., to come to an unfavorable conclusion as to the conduct of the person having parental authority for custody to be awarded to a third person. An example that may be cited is that of a parent whose physical handicap is such that it prevents him for all practical purposes from attending to the custody of his child: it would be unnecessary and excessive if the courts had to partially deprive that person of his or her parental authority before awarding custody to a third person. In such a situation the interest of

tionnel auquel il faudrait tenter, si possible, d'apporter une solution.

Les désirs et préférences des enfants en ce qui a trait à leur garde doivent être considérés avec égards par les Tribunaux même si leur importance peut varier selon l'âge et la maturité de l'enfant qui les exprime.

Le juge Boudreault se dissocie de la position de la Cour d'appel énoncée dans *Droit de la famille—52*, précité, et considère que l'intérêt de l'enfant doit primer en l'absence même d'un motif grave de déchéance (à la p. 810):

Cependant, malgré l'interprétation que la Cour d'Appel a donné aux articles du Code traitant de l'autorité parentale et malgré que la preuve ne révèle aucun motif, grave ou non, depuis 1979, autorisant une déchéance, même partielle, de l'autorité parentale de la mère, ce Tribunal avec égards ne peut se convaincre qu'il doive dans les circonstances de l'espèce forcer un jeune homme de 17 ans à aller contre son désir raisonnable, habiter avec sa mère avec laquelle il n'a jamais vécu depuis l'âge de deux ans et demi. Le danger d'une réaction défavorable chez le jeune homme, et qui pourrait nuire aux bonnes relations futures de la mère et de l'enfant, ne peut que vouloir que le désir raisonnable et non fantaisiste d'E... soit respecté par les tribunaux alors qu'il n'est qu'à un an du jour de sa majorité.

L'article 30 C.C. ne fait aucune distinction lorsqu'il stipule que l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet. Même s'il est vrai que l'intérêt bien compris d'un enfant veut, et c'est même une présomption, qu'il demeure avec son père ou sa mère ou avec l'un des deux, il peut quand même exister des circonstances exceptionnelles non reliées à ce père ou à cette mère, qui peuvent justifier que les tribunaux permettent à l'enfant d'habiter ailleurs. [Je souligne.]

La jurisprudence précitée illustre qu'il n'est pas nécessaire, aux fins de l'art. 30 C.c.B.-C., de parvenir à une conclusion défavorable sur la conduite du titulaire de l'autorité parentale pour que la garde soit accordée à une tierce personne. On peut citer à titre d'exemple le cas d'un parent dont le handicap physique serait tel qu'il l'empêcherait de s'occuper à toutes fins pratiques de la garde de son enfant: il serait inutile et exorbitant de devoir déchoir partiellement cette personne avant d'attribuer la garde à un tiers. L'intérêt de l'enfant tel qu'énoncé à l'art. 30 C.c.B.-C. suffit dans une telle

the child, as stated in art. 30 *C.C.L.C.*, would suffice to have the child entrusted to a third person. The same is true when the emotional estrangement between a parent and his child is involuntary or accidental.

It goes without saying, however, that there can be no question of depriving a parent of the exercise of custody of his child because a third person is better off financially, better educated or because he or she already has other children. A third person who wishes to obtain custody of a child must rebut the presumption to the effect that the parent is in a better position to ensure his child's well-being. He must establish on a balance of probabilities that the development of the child is likely to be compromised if he or she remains with the father or mother or returns to live with them. The third person must also show that, unlike the person having parental authority, he or she is able to provide the care and affection needed by the child.

The purpose of awarding custody of a child to a third person is not to release the parent from his or her obligations or to separate him or her from the child. So far as possible, the decision giving custody of the child to a third person must seek to encourage, by the awarding of visiting rights and the right to care for the child at the parent's home, the return of the child to its family surroundings or, if that is not possible, to re-establish more harmonious relations. This interpretation seems to me to be in keeping with the spirit of art. 30 *C.C.L.C.*, which is also expressed in ss. 3 and 4, cited above, of the *Youth Protection Act*: it favours family ties without jeopardizing the need for stability and equilibrium felt by every child.

Furthermore, a person having parental authority who loses exercise of the right of custody is not deprived of all the attributes of parental authority. Dividing up the exercise of parental authority does not result in the loss by the non-custodial parent of the status of person having parental authority:

[TRANSLATION] The parent, or parents, who are deprived of the exercise of custody do not thereby lose either the right of custody itself or the attributes of parental authority in general.

(Marty and Raynaud, *op. cit.*, at p. 445.)

situation pour confier l'enfant à un tiers. Il en est ainsi lorsque l'éloignement affectif entre un parent et son enfant est involontaire ou accidentel.

a

Il va toutefois sans dire qu'il ne saurait être question de priver un parent de l'exercice de la garde de son enfant parce qu'un tiers est plus fortuné, mieux instruit ou encore parce qu'il a déjà d'autres enfants. Le tiers qui entend obtenir la garde d'un enfant doit renverser la présomption qui veut qu'un parent est mieux en mesure d'assurer le bien-être de son enfant. Il doit établir de façon prépondérante que le développement ou l'épanouissement de l'enfant risque d'être compromis s'il demeure chez son père ou sa mère ou s'il retourne y vivre. Le tiers doit au surplus démontrer qu'il est capable, contrairement au titulaire de l'autorité parentale, de procurer les soins et l'affection qui sont nécessaires à cet enfant.

L'attribution de la garde d'un enfant à une tierce personne n'a pas pour finalité de libérer le parent de ses obligations ni de le séparer de son enfant. Dans la mesure du possible, la décision qui confie la garde de l'enfant à un tiers doit tendre à favoriser, par l'attribution de droits de visite et d'hébergement, le retour de l'enfant dans son milieu familial ou, à défaut, le rétablissement de relations plus harmonieuses. Une telle interprétation me semble conforme à l'esprit de l'art. 30 *C.c.B.-C.* que l'on retrouve également exprimé aux art. 3 et 4 précités de la *Loi sur la protection de la jeunesse*: elle privilégie les liens familiaux sans mettre en péril le besoin de stabilité et d'équilibre qu'éprouve chaque enfant.

Du reste, le titulaire qui perd l'exercice du droit de garde n'est pas dépouillé de tous les attributs de l'autorité parentale. Le démembrement de l'exercice de l'autorité parentale ne fait pas perdre au parent non gardien sa qualité de titulaire de l'autorité parentale:

Le parent ou les parents privés de l'exercice de la garde ne perdent pour cela ni le droit de garde lui-même ni les attributs de l'autorité parentale en général.

(Marty et Raynaud, *op. cit.*, à la p. 445.)

It is true that the award of custody to a third person means that a part of parental authority, for the purposes of the exercise of that part, is lost to the non-custodial parent. The person who has custody has control over the child's outings, recreation and associations. That person must also, as a consequence of his or her privileged position, make the day-to-day decisions affecting the life of the child. Nevertheless, the non-custodial parent who is deprived of the physical presence of his or her child most of the time enjoys a right to watch over the decisions made by the person who has custody. He or she has the remedy specified in art. 653 C.C.Q. if a decision by the person who has custody appears to be contrary to the child's interest:

653. In the case of difficulties relating to the exercise of parental authority, the person having parental authority may refer the matter to the court, which will decide in the interest of the child after fostering the conciliation of the parties.

The non-custodial parent also has, pursuant to his or her status of person having parental authority, the right to decide as to the major choices affecting the direction of the child's life. Thus it is the right of the father or mother to consent to the marriage of a child who is a minor and the right of the person having parental authority to give his or her opinion as to proposed matrimonial agreements (arts. 119 C.C.L.C. and 466 C.C.Q.) The person having parental authority must also consent to the care or treatment required by his or her child if the latter is under fourteen years old and, if the child is fourteen or over, the person having parental authority must be informed in certain circumstances:

42. An establishment or a physician may provide the care and treatment required by the state of health of a minor fourteen years of age or older with his consent without being required to obtain the consent of the person having parental authority; the establishment or the physician must however inform the person having parental authority in the case where the minor is sheltered for more than twelve hours, or of extended treatment.

Where a minor is under fourteen years of age, the consent of the person having parental authority must be obtained; however, if that consent cannot be obtained or

Il est vrai que l'attribution de la garde à un tiers signifie qu'une parcelle de l'autorité parentale échappe, quant à son exercice, au parent non gardien. Le gardien exerce un contrôle évident sur le choix des sorties, des loisirs et des fréquentations de l'enfant; il est aussi amené, par sa position privilégiée, à prendre les décisions courantes qui affectent la vie de l'enfant. Privé la majorité du temps de la présence physique de son enfant, le parent non gardien jouit néanmoins d'un droit de surveillance sur les décisions prises par le gardien. Il dispose du recours prévu à l'art. 653 C.c.Q. advenant qu'une décision du gardien lui apparaisse contraire à l'intérêt de l'enfant:

653. En cas de difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale, le titulaire de l'autorité parentale peut saisir le tribunal qui statuera dans l'intérêt de l'enfant après avoir favorisé la conciliation des parties.

C'est aussi en sa qualité de titulaire de l'autorité parentale que revient au parent non gardien le droit de déterminer les options majeures relatives à l'orientation de la vie de son enfant. Ainsi il appartient au père ou à la mère de consentir au mariage d'un enfant mineur et au titulaire de l'autorité parentale d'être consulté sur les conventions matrimoniales projetées (art. 119 C.c.B.-C. et 466 C.c.Q.) Le titulaire de l'autorité parentale doit aussi consentir aux soins ou traitements requis par son enfant s'il est âgé de moins de quatorze ans; il doit en être averti dans certaines circonstances si l'enfant a quatorze ans ou plus:

42. Un établissement ou un médecin peut fournir les soins ou traitements requis par l'état de santé d'un mineur âgé de quatorze ans ou plus, avec le consentement de celui-ci, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité parentale; l'établissement ou le médecin doit toutefois avertir le titulaire de l'autorité parentale en cas d'hébergement pendant plus de douze heures ou de traitements prolongés.

Lorsqu'un mineur est âgé de moins de quatorze ans, le consentement du titulaire de l'autorité parentale doit être obtenu; toutefois, en cas d'impossibilité d'obtenir ce

where the refusal by the person having parental authority is not justified in the child's best interest, a judge of the Superior Court may authorize the care or treatment.

43. An establishment or a physician shall see that care or treatment is provided to every person in danger of death; if the person is a minor, the consent of the person having parental authority shall not be required.

(*Health Protection Act*, R.S.Q. 1977, c. P-35, ss. 42 and 43.)

The non-custodial parent continues to have a duty to see to the welfare and maintenance of the child (see s. 39 of the *Charter of human rights and freedoms*). Parental authority continues to be vested in that person and he or she exercises such attributes of the authority as are not opposed to the exercise of custody by the third person. The following passage from the reasons of Mayrand J.A. in *Hébert v. Landry*, [1975] C.A. 108, appears to me to be entirely applicable here though it was written in relation to a divorce (at p. 111):

[TRANSLATION] In awarding custody of the children to one of the divorced spouses, the Court is not releasing the other from the obligation to concern himself with the education of the children and contribute thereto, while continuing to have as close relations with them as possible . . . The appellant retains all the rights in respect of her children which she had when she was living with her husband and which have not become inconsistent with the respondent's right to custody of the children . . . [Emphasis added.]

I would therefore answer the third question at issue in the affirmative.

## VII. Conclusion

Finally, the Court must consider whether the trial judge committed a manifest error in deciding that the evidence established that it was in the interest of H... and X... for their custody to be awarded to the appellants. I draw attention to the fact that the majority of the Court of Appeal did not really question whether it was in the two children's interest to remain with their uncle and aunt (at p. 15):

[TRANSLATION] It may be that in the case at bar the uncle and aunt are in a better position than the father to

consentement ou lorsque le refus du titulaire de l'autorité parentale n'est pas justifié par le meilleur intérêt de l'enfant, un juge de la Cour supérieure peut autoriser les soins ou traitements.

a 43. Un établissement ou un médecin doit voir à ce que soient fournis des soins ou traitements à toute personne dont la vie est en danger; il n'est pas nécessaire, si la personne est mineure, d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité parentale.

b (*Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q. 1977, chap. P-35, art. 42 et 43.)

c Le parent non gardien demeure tenu de veiller au bien-être et à l'entretien de l'enfant (voir l'art. 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*). Il demeure investi de l'autorité parentale et il en exerce les attributs qui ne s'opposent pas à l'exercice de la garde par le tiers. Le passage d suivant du juge Mayrand dans *Hébert c. Landry*, [1975] C.A. 108, me semble trouver ici toute son application même s'il a été rédigé dans le contexte d'un divorce (à la p. 111):

e En confiant la garde des enfants à l'un des conjoints divorcés, le tribunal ne libère pas l'autre de son obligation de s'intéresser à l'éducation de ses enfants et d'y contribuer en maintenant avec eux des relations aussi étroites que possibles [...] L'appelante conserve à l'égard de ses enfants tous les droits qu'elle avait lorsqu'elle vivait avec son mari et qui ne sont pas devenus incompatibles avec le droit de l'intimé à la garde des enfants . . . [Je souligne.]

g C'est donc par l'affirmative que je répondrais à la troisième question en litige.

## VII. Conclusion

h Il convient enfin d'examiner si le juge de première instance a commis une erreur manifeste en statuant que la preuve démontre qu'il est dans l'intérêt de H... et X... que leur garde soit confiée i aux appelants. Je rappelle que la majorité de la Cour d'appel n'a pas véritablement mis en doute que l'intérêt des deux enfants veut qu'ils demeurent chez leur oncle et tante (à la p. 15):

j Il se peut que dans le présent cas l'oncle et la tante soient mieux en mesure que le père d'assurer une rela-

ensure a positive and productive relationship with the children, but the father should not be deprived of part of his parental authority unless it can be shown that he is unworthy to have custody of his children or is unable to perform his duties properly.

I think the evidence shows clearly that in the present circumstances it is impossible for the two young people to return to live with their father. Despite the intervention of specialists, they have over the course of seven months been unable to adapt to family life with their father. Their repeated running away and clear wish to return to the appellants' home indicate the gulf separating these children from their father. Moreover, the trial judge concluded the best way for the father to lose his children would be to give him custody of them. I consider that the evidence amply supports the conclusion of Meyer J. that the presumption in favour of the person having parental authority has been rebutted in the case at bar. It has also been proved that the appellants are able to exercise custody of the two children properly. I agree with the conclusions of L'Heureux-Dubé J.A. regarding the interest of the children in the present case (at p. 29):

[TRANSLATION] The children are now fifteen and sixteen years old. They refuse to live with their father. They have complied with the various judgments made regarding their custody but have been unable to agree with them. This situation is painful for all the parties concerned, and while one has to feel the greatest sympathy for the appellant, who undoubtedly loves his children and is anxious for their welfare, one can only deplore the fact that throughout all the tragedies he has himself experienced he has not been able to form the ties of affection with his children that ordinarily develop between parents and children. Unfortunately for everyone, a situation has developed which the courts of law are powerless to correct, especially at the present age of the children. This was the finding of the trial judge. It was based on the evidence and is in no way unreasonable, quite the contrary.

However, the respondent argued that the children were the victims of manipulation which prevented them from reaching free and informed decisions and the majority of the Court of Appeal accepted this argument. This suggestion was flatly denied by the children themselves in their testimony, by the appellants and by the psychologist who

tion positive et profitable avec les enfants, mais le père ne saurait être déchu d'une partie de son autorité parentale sans qu'on puisse démontrer qu'il est indigne d'avoir la garde de ses enfants ou qu'il soit incapable de s'acquitter convenablement de ses obligations.

La preuve me semble avoir clairement démontré que, vu les circonstances actuelles, il est impossible pour les deux adolescents de retourner vivre chez leur père. Malgré l'intervention de spécialistes, ils ont été incapables de s'adapter durant sept mois à la vie familiale avec leur père. Leurs nombreuses fugues et leur volonté manifeste de retourner chez les appelants témoignent de l'écart considérable qui sépare ces enfants de leur père. Le juge de première instance conclut d'ailleurs que le meilleur moyen pour le père de perdre ses enfants serait de lui en remettre la garde. Je suis d'avis que la preuve supporte amplement la conclusion du juge Meyer selon laquelle la présomption en faveur du titulaire de l'autorité parentale a été renversée en l'espèce. Il est également prouvé que les appelants sont en mesure d'exercer convenablement la garde des deux enfants. Je suis d'accord avec les conclusions du juge L'Heureux-Dubé eu égard à l'intérêt des enfants en cette cause (à la p. 29):

Les enfants ont maintenant 15 et 16 ans. Ils refusent de vivre avec leur père. Ils se sont pliés aux divers jugements dont leur garde a fait l'objet, mais n'ont pas réussi à y souscrire. Cette situation est pénible pour toutes les parties concernées, et si on doit ressentir beaucoup de sympathie pour l'appelant qui, certes, aime ses enfants et recherche leur bien, on ne peut que déplorer qu'il n'ait pas su, à travers les tragédies qu'il a lui-même traversées, établir avec ses enfants les liens affectifs qui se développent normalement entre parents et enfants. Malheureusement pour tous, il s'est développé un état de faits que les cours de justice sont impuissantes à renverser, particulièrement à l'âge qu'ont aujourd'hui les enfants. C'est la constatation du premier juge. Elle s'appuie sur la preuve et elle n'est aucunement déraisonnable, bien au contraire.

L'intimé prétend cependant que les enfants ont été victimes d'une manipulation qui les aurait empêchés de parvenir à une décision libre et éclairée et la majorité de la Cour d'appel a retenu cette prétention. Cette prétention a été carrément démentie par les enfants eux-mêmes lors de leur témoignage, par les appelants ainsi que par le



interviewed all the parties concerned. It is a question of credibility which is for the trial judge to decide, as he saw and heard the persons concerned. He categorically dismissed the respondent's argument and ruled out any suggestion of brainwashing. Meyer J. rejected the allegation that the appellants encouraged the children to run away or participated in their doing so and he dismissed the motion for contempt of court brought against them; this judgment was unanimously affirmed by the Court of Appeal. The only evidence to indicate that undue influence was brought to bear on the children is an undated letter written by a former friend of the mother. Pernicious as the advice it contains may be, it did not originate with the appellants and cannot in any way be ascribed to them. Moreover, there is no indication that the children followed the recommendations made in it.

I would therefore allow the appeal and award custody of the two children to the appellants. However, counsel for the appellants asked the Court to vary the pronouncement of the trial judgment and award them both "legal" and "physical" custody of the children. This distinction, originating in decisions of the courts, is not recognized by the *Civil Code*, which itself does not distinguish between custody awarded to a third person or to the child's parent (see art. 570 *C.C.Q.*; J. Pineau, *op. cit.*, at p. 175, and H. Kélada, *Précis de droit privé québécois* (1986), at p. 182). The expression "physical custody" is misleading. I have already indicated that someone to whom a court awards the custody of a child clearly enjoys the exercise of part of the parental authority, which indeed surpasses the mere determination of the child's residence. Moreover, the concept of "*garde légale*", probably borrowed from the common law concept of "legal custody", is unknown to the civil law. The civil law concept of custody necessarily includes the presence of the child. Accordingly, a minor whose custody is awarded to a third person acquires the domicile of that person (art. 83 *C.C.L.C.*) As Professor Simler correctly observes:

[TRANSLATION] The crux of the problem is the right to determine where the child lives. It is important to remember that though the concept of custody is not

psychologue qui a procédé à l'entrevue de toutes les parties concernées. Il s'agit là d'une question de crédibilité qui est du ressort du premier juge car il a vu et entendu tous les intéressés. Or il rejette catégoriquement la prétention de l'intimé et il exclut toute hypothèse de lavage de cerveau. Le juge Meyer écarte l'allégation voulant que les appelants aient encouragé les fugues des enfants ou y aient participé et il rejette la requête en outrage au tribunal intentée contre eux; ce jugement est confirmé unanimement par la Cour d'appel. La seule preuve qui pourrait indiquer que les enfants ont subi une influence indue est une lettre non datée écrite par une ancienne amie de la mère. Si pernicieux que soient les conseils qu'elle renferme, elle n'émane pas des appelants et ne peut aucunement leur être attribuée; au surplus, rien n'indique que les enfants aient suivi les recommandations qu'elle comporte.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'accorder la garde des deux enfants aux appelants. Le procureur des appelants nous demande cependant de modifier le dispositif du jugement de première instance afin d'attribuer la garde tant «légale» que «physique» des enfants. Cette distinction d'origine jurisprudentielle n'est pas reconnue dans le *Code civil* qui ne distingue pas selon que la garde est accordée à un tiers ou au parent de l'enfant (voir l'art. 570 *C.c.Q.*; J. Pineau, *op. cit.*, à la p. 175, et H. Kélada, *Précis de droit privé québécois* (1986), à la p. 182). L'expression «garde physique» est trompeuse. J'ai déjà indiqué qu'une personne à qui un tribunal attribue la garde d'un enfant obtient de toute évidence l'exercice d'une partie de l'autorité parentale qui excède cependant la seule faculté de déterminer la résidence de l'enfant. D'autre part, le concept de «garde légale», vraisemblablement emprunté de la notion de «*legal custody*» de *common law*, est inconnu en droit civil. Le concept civiliste de la garde est indissociable de la présence de l'enfant. C'est ainsi que le mineur dont la garde est confiée à un tiers acquiert le domicile de cette personne (art. 83 *C.c.B.-C.*) Comme le souligne à juste titre le professeur Simler:

Le nœud du problème réside dans le droit de fixer la résidence de l'enfant. Il faut se rappeler que si ce droit ne définit pas à lui seul la notion de garde, c'est lui

defined by this right alone, it is nevertheless this right that gives the person having custody the necessary means of performing his function. *It is therefore inconceivable to speak of custody of a child in the absence of this element.*

(P. Simler, "La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)" (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685, at p. 708.)

Furthermore, it is superfluous to reserve the rights associated with parental authority when a parent loses the exercise of the right of custody by judgment. As I indicated earlier, in the absence of total or partial deprivation, the parent remains the sole person having parental authority.

In my view, therefore, the Court of Appeal was right to reject the distinction between physical and legal custody. The Court rejected, at the same time, the concept of "joint custody".

The question of joint custody does not arise in the case at bar and I express no opinion either on its validity or its desirability. I simply note that, from the standpoint of terminology, the phrase "joint custody" may not be an exact description of the reality it is supposed to represent: it has been suggested that a better expression would be "joint exercise of parental authority" (see Claire L'Heureux-Dubé, "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 *R. du B.* 835, at p. 860).

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the Superior Court, but I would vary the latter so that it reads as follows:

[TRANSLATION] AWARDS custody of the children H... and X... C... to T... V...-F... and D... F...;

GRANTS the father G... C... the following visiting and outing rights: a visit lasting a full weekend every three weeks, from Saturday at 9 a.m. to Sunday evening at 8 p.m., or longer if the children wish; a week during the summer holidays, or longer if the children wish, provided Mr. C... gives one month's prior notice;

cependant qui confère au gardien le moyen indispensable pour assurer sa fonction. *Il paraît donc inconcevable de parler de garde de l'enfant en l'absence de cet élément.*

a

(P. Simler. «La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)» (1972), 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685, à la p. 708.)

b

Il est de plus superflu de réserver les droits d'un parent qui devient privé par jugement de l'exercice du droit de garde. Comme je l'ai indiqué précédemment, ce parent demeure, hormis le cas de déchéance totale ou partielle, l'unique titulaire de l'autorité parentale.

c

La Cour d'appel a donc raison, à mon avis, de rejeter la distinction entre la garde physique et la garde légale. La Cour d'appel rejette du même coup le concept de «garde conjointe».

d

La question d'une garde conjointe ne se pose pas en l'espèce et je n'exprime d'opinion ni sur sa validité ni sur son opportunité. Je note seulement au plan de la terminologie que l'expression «garde conjointe» ne qualifie peut-être pas correctement la réalité qu'elle est censée représenter; on a suggéré qu'il y aurait lieu de lui préférer l'expression «exercice conjoint de l'autorité parentale» (voir Claire L'Heureux-Dubé, «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835, à la p. 860).

e

f

g

J'accueillerais le pourvoi, j'infirmes l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure mais en le modifiant toutefois pour qu'il se lise comme suit:

h

CONFIE la garde des enfants H... et X... C... à T... V...-F... et D... F...;

i

ACCORDE au père G... C... les droits de visites et de sortie suivants: une visite d'un weekend entier toutes les 3 semaines du samedi à 9:00 heures jusqu'au dimanche soir à 20:00 heures, ou plus si les enfants le désirent; une semaine pendant les vacances d'été, ou plus si les enfants le désirent, moyennant un pré-avis d'un mois par monsieur C...;

j

ORDERS that the school reports be given simultaneously to the F... and the father by the institutions attended by the children;

ORDERS that the father have complete freedom to write and telephone his children: the telephone to be used reasonably;

ORDERS provisional execution of this judgment notwithstanding appeal and without security.

The whole without costs.

Like the trial judge and the majority of the Court of Appeal, I would award no costs.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellants: Pierre-François Mailhot, Montréal.*

*Solicitors for the children: Duguay, Salois, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Colas & Associés, Montréal.*

ORDONNE la communication des bulletins scolaires simultanément au couple F... et au père par les institutions fréquentées par les enfants;

ORDONNE qu'il y ait une communication épistolaire et téléphonique libre entre le père et les enfants; le téléphone à être utilisé de façon raisonnable;

ORDONNE l'exécution provisoire du présent jugement nonobstant appel et sans cautionnement.

Le tout sans frais.

À l'instar du juge de première instance et de la majorité de la Cour d'appel, je n'accorderais aucun dépens.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur des appelants: Pierre-François Mailhot, Montréal.*

*Procureurs des enfants: Duguay, Salois, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé: Colas & Associés, 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 2, 1987 Vol. 2**

**2<sup>e</sup> cahier, 1987 Vol. 2**

**Cited as [1987] 2 S.C.R. 289-459**

**Renvoi [1987] 2 R.C.S. 289-459**

---

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, 1987.

## CONTENTS

<b>Keneric Tractor Sales Ltd. v. Langille</b> .....	<b>440</b>
Contracts — Damages — Chattel lease — Breach by lessee — Proper method of determining damages — Whether general principles of assessment of damages for breach of contract applicable or whether lessor's remedies limited to proceeds of resale plus rental payments due at time of seizure.	
Leases — Chattel lease — Breach by lessee — Proper method of determining damages — Whether general principles of assessment of damages for breach of contract applicable or whether lessor's remedies limited to proceeds of resale plus rental payments due at time of seizure.	
<b>R. v. Ackworth</b> .....	<b>291</b>
Criminal law — Conspiracy — Elements of conspiracy — Appellants and a co-accused charged on separate counts with conspiracy to traffic in two narcotics — Proof of conspiracy to do any one of the prohibited acts supporting conviction.	
Criminal law — Interception of private communications — Invalidity of basket clause authorizing interception of private communications if there are reasonable and probable grounds to believe interception may assist in inquiry — Invalid clause severable from the rest of authorization.	
<b>R. v. Albright</b> .....	<b>383</b>
Criminal law — Sentence — Proof of previous convictions — Failure to provide breath samples — Crown tendering certified extract of driving record to prove accused previous convictions — Whether such certificate admissible — Criminal Code,	

*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  
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, 1987.

## SOMMAIRE

<b>Keneric Tractor Sales Ltd. c. Langille</b> .....	<b>440</b>
Contrats — Dommages-intérêts — Location de biens meubles — Violation des contrats de location par le locataire — Méthode appropriée pour déterminer les dommages-intérêts — Les principes généraux d'évaluation des dommages-intérêts pour la violation d'un contrat s'appliquent-ils ou le recours du bailleur est-il limité au produit de la revente plus les paiements de location dus au moment de la saisie?	
Baux — Location de biens meubles — Violation des contrats de location par le locataire — Méthode appropriée pour déterminer les dommages-intérêts — Les principes généraux d'évaluation des dommages-intérêts pour la violation d'un contrat s'appliquent-ils ou le recours du bailleur est-il limité au produit de la revente plus les paiements de location dus au moment de la saisie?	
<b>R. c. Ackworth</b> .....	<b>291</b>
Droit criminel — Complot — Éléments du complot — Les appelants et un coaccusé sont accusés sous des chefs séparés de complot en vue de faire le trafic de deux stupéfiants — La preuve d'un complot en vue de perpétrer l'un des actes interdits justifie la déclaration de culpabilité.	
Droit criminel — Interception des communications privées — Clause générale autorisant l'interception des communications privées s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que l'interception peut faciliter l'enquête — Clause invalide dissociable du reste de l'autorisation.	

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

R.S.C. 1970, c. C-34, s. 7(2) — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 37 — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 75.

Evidence — Proof of previous convictions — Documentary evidence — Sentencing hearing — Crown tendering certified extract of driving record to prove accused previous convictions — Whether such certificate admissible — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 7(2) — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 37 — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 75.

Evidence — Hearsay — Sentencing hearing — Crown tendering certified extract of driving record to prove accused previous convictions — Hearsay evidence admissible at sentencing hearing when credible and trustworthy.

Evidence — Provincial laws of evidence — Applicability — Criminal matters — Scope of s. 37 of the Canada Evidence Act — Whether s. 37 restricted to the proof of matters within provincial competence.

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty of the person — Crown tendering certified extract of driving record to prove accused previous convictions — Whether Crown's failure to give sufficient notice that proof will be made by certificate violated s. 7 of the Charter.

### **R. v. Béland** ..... 398

Evidence — Polygraph evidence — Exclusionary rules — Accused denying participation in conspiracy to commit robbery — Motion by accused to take a polygraph examination and submit results in evidence refused — Whether such evidence admissible.

Criminal law — Powers of the Court of Appeal — Court of Appeal ordering the reopening of the trial — Whether the Court of Appeal had jurisdiction to make such an order under s. 613(2) of the Criminal Code.

### **R. v. Chase** ..... 293

Criminal law — Sexual assault — Definition of the offence of sexual assault — Offence one of general rather than specific intent — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 244, 246.1.

### **R. v. Lyons** ..... 309

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Dangerous offender — Procedure for finding "dangerous offender" — Application for finding of "dangerous offender" made after guilty plea entered for threshold offences — Whether or not breach of right not to be deprived of liberty except in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Dangerous offender — Sentence of indeterminate detention — Whether or not indeterminate sentence breach of freedom from arbitrary detention — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **R. c. Albright** ..... 383

Droit criminel — Sentence — Preuve de déclarations de culpabilité antérieures — Refus de fournir des échantillons d'haleine — Extrait certifié du dossier de conduite automobile produit par le ministère public pour prouver les condamnations antérieures de l'accusé — Admissibilité de ce certificat — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(2) — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 37 — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288, art. 75.

Preuve — Preuve de déclarations de culpabilité antérieures — Preuve documentaire — Audience relative à la sentence — Extrait certifié du dossier de conduite automobile produit par le ministère public pour prouver les condamnations antérieures de l'accusé — Admissibilité de ce certificat — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(2) — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 37 — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288, art. 75.

Preuve — Oui-dire — Audience relative à la sentence — Extrait certifié du dossier de conduite automobile produit par le ministère public pour prouver les condamnations antérieures de l'accusé — Admissibilité de la preuve par oui-dire à l'audience relative à la sentence lorsqu'elle est crédible et digne de foi.

Preuve — Lois provinciales concernant la preuve — Applicabilité — Affaires criminelles — Portée de l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada — L'article 37 se limite-t-il à la preuve de faits relevant de la compétence provinciale?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la personne — Extrait certifié du dossier de conduite automobile produit par le ministère public pour prouver les condamnations antérieures de l'accusé — L'omission du ministère public de donner un avis suffisant de son intention de faire sa preuve au moyen d'un certificat constitue-t-elle une violation de l'art. 7 de la Charte?

### **R. c. Béland** ..... 398

Preuve — Preuve obtenue par détecteurs de mensonges — Règles d'exclusion — Accusés niant avoir participé à un complot en vue de commettre un vol qualifié — Rejet de la requête des accusés qui demandaient à passer un test par détecteur de mensonges et à produire les résultats en preuve — Une telle preuve est-elle admissible?

Droit criminel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Cour d'appel ordonnant la réouverture du procès — La Cour d'appel avait-elle compétence pour rendre cette ordonnance en vertu de l'art. 613(2) du Code criminel?

### **R. c. Chase** ..... 293

Droit criminel — Agression sexuelle — Définition de l'infraction d'agression sexuelle — Infraction requérant une intention générale plutôt que spécifique — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 244, 246.1.

### **R. c. Lyons** ..... 309

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Délinquant dangereux — Procédure à suivre pour obtenir qu'une personne soit déclarée «délinquant dangereux» —

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Charter of Rights — Proceedings in criminal matter — Dangerous offender — Finding of “dangerous offender” sentencing matter to be made by judge — Dangerous offender status entailing indeterminate sentence — Whether or not breach of right to trial by jury where maximum punishment more than five years’ imprisonment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Dangerous offender — Indeterminate detention on finding of “dangerous offender” — Whether or not indeterminate sentence cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.

Criminal law — Sentencing — Dangerous offender — Procedure for finding “dangerous offender” — Finding of “dangerous offender” entailing sentence of indeterminate detention — Application for finding of “dangerous offender” made after 16-year-old entering guilty plea — Whether or not ss. 7, 9, 11 and/or 12 of Charter breached — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 11, 12 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.

### **R. v. Trask ..... 304**

Costs — Judgment allowing appeal silent as to costs — Whether judgment rendered by this Court should be amended by awarding costs on a solicitor and client basis — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 758, 771(3) — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 49.

### **R. v. Tremblay ..... 435**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Impaired driving — Police informing accused of his right to counsel — Accused calling wife and requesting her to contact lawyer — Police demand for a breath sample made immediately after phone call — Whether right to counsel infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Impaired driving — Police informing accused of his right to counsel — Accused calling wife and requesting her to contact lawyer — Police demand for a breath sample made immediately after phone call — Right to counsel infringed — Whether breathalyzer evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter.

Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Impaired driving — Police informing accused of his right to counsel — Accused calling wife and requesting her to contact lawyer — Police demand for a breath sample made immediately after phone call — Right to counsel infringed — Whether breathalyzer evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Demande visant à faire déclarer qu’une personne est un «délinquant dangereux» faite après l’inscription d’un plaidoyer de culpabilité relativement aux infractions en question — Y a-t-il une violation du droit à ce qu’il ne soit porté atteinte à la liberté qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Délinquant dangereux — Peine de détention pour une période indéterminée — L’imposition d’une peine d’une durée indéterminée porte-t-elle atteinte au droit à la protection contre la détention arbitraire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures en matière criminelle — Délinquant dangereux — Déclaration qu’une personne est un «délinquant dangereux» relève de la détermination de la peine et doit se faire par le juge — Imposition d’une peine d’une durée indéterminée due au statut de délinquant dangereux — Y a-t-il atteinte au droit de bénéficiaire d’un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue est un emprisonnement de plus de cinq ans? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(f) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Délinquant dangereux — Imposition d’une peine de détention pour une période indéterminée lorsqu’une personne est déclarée «délinquant dangereux» — La détention pour une période indéterminée constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Procédure à suivre pour obtenir qu’une personne soit déclarée «délinquant dangereux» — Imposition d’une peine de détention pour une période indéterminée suite à une déclaration qu’une personne est un «délinquant dangereux» — Demande visant à faire déclarer qu’une personne âgée de 16 ans est un «délinquant dangereux» présentée après qu’elle eut inscrit un plaidoyer de culpabilité — Y a-t-il eu violation des art. 7, 9, 11 et 12 de la Charte ou de l’un ou l’autre de ces articles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 11, 12 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.

### **R. c. Trask ..... 304**

Dépens — Arrêt accueillant le pourvoi muet sur les dépens — L’arrêt rendu par cette Cour devrait-il être modifié par l’adjudication des dépens comme entre avocat et client? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 758, 771(3) — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 49.

### **R. c. Tremblay ..... 435**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un avocat — Conduite d’un véhicule avec facultés affaiblies — Prévenu informé par la police de son droit à un avocat — Appel téléphonique du prévenu à sa femme pour lui demander de rejoindre un

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

### **Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications); Rokeby v. Ontario ..... 289**

Torts — Nuisance — Orchards damaged by use of salt as the de-icing agent on adjoining highway — Liability of the Crown for damage to orchards from road salt.

Limitation of actions — Nuisance — Liability of the Crown for damage to orchards from road salt — Determination of appropriate limitation period.

## SOMMAIRE (Fin)

avocat — Échantillon d'haleine demandé par la police immédiatement après l'appel — Y a-t-il eu violation du droit à un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité d'une preuve — Déconsidérer l'administration de la justice — Conduite d'un véhicule avec facultés affaiblies — Prévenu informé par la police de son droit à un avocat — Appel téléphonique du prévenu à sa femme pour lui demander de rejoindre un avocat — Échantillon d'haleine demandé par la police immédiatement après l'appel — Violation du droit à un avocat — La preuve de l'alcootest doit-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte?

Preuve — Admissibilité — Déconsidérer l'administration de la justice — Conduite d'un véhicule avec facultés affaiblies — Prévenu informé par la police de son droit à un avocat — Appel téléphonique du prévenu à sa femme pour lui demander de rejoindre un avocat — Échantillon d'haleine demandé par la police immédiatement après l'appel — Violation du droit à un avocat — La preuve de l'alcootest doit-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte?

### **Schenck c. Ontario (Ministre des Transports et des Communications); Rokeby c. Ontario ..... 289**

Responsabilité délictuelle — Nuisance — Vergers endommagés par le sel utilisé comme agent antigel sur la route voisine — Responsabilité du gouvernement pour les dommages causés aux vergers par le sel utilisé sur la route.

Prescription — Nuisance — Responsabilité du gouvernement pour les dommages causés aux vergers par le sel utilisé sur la route — Détermination de la période de prescription appropriée.



**Her Majesty The Queen in right of Ontario  
represented by the Minister of  
Transportation and Communications for the  
Province of Ontario** *Appellant*

*v.*

**Louis Schenck and Schenck Farms &  
Greenhouses Co. Limited** *Respondents*

and between

**Her Majesty The Queen in right of Ontario**  
*Appellant*

*v.*

**Michael C. Rokeby** *Respondent*

INDEXED AS: SCHENCK *v.* ONTARIO (MINISTER OF  
TRANSPORTATION AND COMMUNICATIONS); ROKEBY  
*v.* ONTARIO

File Nos.: 19167, 19166.

1987: October 13.

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 — Nuisance — Orchards damaged by use of salt as the de-icing agent on adjoining highway — Liability of the Crown for damage to orchards from road salt.*

*Limitation of actions — Nuisance — Liability of the Crown for damage to orchards from road salt — Determination of appropriate limitation period.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1984), 49 O.R. (2d) 556, 15 D.L.R. (4th) 320, dismissing an appeal from a judgment of Robins J. holding the Crown responsible for nuisance (1981), 34 O.R. (2d) 591, 131 D.L.R. (3d) 310, and determining the applicable limitation period (1982), 40 O.R. (2d) 410, 142 D.L.R. (3d) 361. Appeal dismissed.

*T. H. Wickett, Q.C., and Valerie Lawson, for the appellant.*

*J. Spence Stewart, Q.C., P. P. Duvernet and C. Duvernet, for the respondents Schenck et al.*

**Sa Majesté La Reine du chef de l'Ontario  
représentée par le ministre des Transports et  
des Communications de la Province de  
l'Ontario** *Appelante*

<sup>a</sup>

*c.*

**Louis Schenck et Schenck Farms &  
Greenhouses Co. Limited** *Intimés*

<sup>b</sup> et entre

**Sa Majesté La Reine du chef de l'Ontario**  
*Appelante*

<sup>c</sup>

*c.*

**Michael C. Rokeby** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: SCHENCK *c.* ONTARIO (MINISTRE DES  
TRANSPORTS ET DES COMMUNICATIONS); ROKEBY *c.*  
ONTARIO

<sup>d</sup>

N<sup>os</sup> du greffe: 19167, 19166.

1987: 13 octobre.

<sup>e</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

*Responsabilité délictuelle — Nuisance — Vergers endommagés par le sel utilisé comme agent antigel sur la route voisine — Responsabilité du gouvernement pour les dommages causés aux vergers par le sel utilisé sur la route.*

<sup>g</sup>

*Prescription — Nuisance — Responsabilité du gouvernement pour les dommages causés aux vergers par le sel utilisé sur la route — Détermination de la période de prescription appropriée.*

<sup>h</sup>

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1984), 49 O.R. (2d) 556, 15 D.L.R. (4th) 320, qui a rejeté l'appel interjeté contre un jugement du juge Robins déclarant le gouvernement responsable de la nuisance (1981), 34 O.R. (2d) 591, 131 D.L.R. (3d) 310, et déterminant la période de prescription applicable (1982), 40 O.R. (2d) 410, 142 D.L.R. (3d) 361. Pourvoi rejeté.

<sup>i</sup>

*T. H. Wickett, c.r., et Valerie Lawson, pour l'appelante.*

<sup>j</sup>

*J. Spence Stewart, c.r., P. P. Duvernet et C. Duvernet, pour les intimés Schenck et autre.*

*George R. Strathy and R. Staley, for the respondent Rokeby.*

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to call upon you Mr. Stewart and Mr. Strathy. We are all in agreement with the conclusions reached by Robins J. at trial and the reasons therefor, all as affirmed by the Court of Appeal of Ontario. The appeal is accordingly dismissed with costs to the respondents as between a solicitor and his client.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: The Deputy Attorney General, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Schenck et al.: Duvernet, Stewart, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Rokeby: Wright & McTaggart, Toronto.*

*George R. Strathy et R. Staley, pour l'intimé Rokeby.*

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—M<sup>es</sup> Stewart et Strathy, il ne sera pas nécessaire de vous entendre. Nous sommes tous d'accord avec les conclusions du juge Robins au procès et avec ses motifs, tous confirmés par la Cour d'appel de l'Ontario. Le pourvoi est par conséquent rejeté avec dépens aux intimés comme entre avocat et client.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante: Le sous-procureur général, Toronto.*

*Procureurs des intimés Schenck et autre: Duvernet, Stewart, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé Rokeby: Wright & McTaggart, Toronto.*

**Jack Edward Ackworth and April Gordon Kovach** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ACKWORTH

File No.: 19248.

1987: October 13.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Conspiracy — Elements of conspiracy — Appellants and a co-accused charged on separate counts with conspiracy to traffic in two narcotics — Proof of conspiracy to do any one of the prohibited acts supporting conviction.*

*Criminal law — Interception of private communications — Invalidity of basket clause authorizing interception of private communications if there are reasonable and probable grounds to believe interception may assist in inquiry — Invalid clause severable from the rest of authorization.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, *sub nom. R. v. Paterson* (1985), 44 C.R. (3d) 150, 18 C.C.C. (3d) 137, allowing an appeal from the judgment of Killeen Co. Ct. J., summarized at 11 W.C.B. 253, setting aside the acquittals and ordering new trials. Appeal dismissed.

*D. Fletcher Dawson*, for the appellant Ackworth.

*Christopher A. W. Bentley*, for the appellant Kovach.

*Michael R. Dambrot*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We will not be calling upon you, Mr. Dambrot. We are not persuaded that the Court of Appeal for Ontario erred in allowing the appeal by the Crown from the judg-

**Jack Edward Ackworth et April Gordon Kovach** *Appelants*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté La Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ACKWORTH

N° du greffe: 19248.

<sup>b</sup> 1987: 13 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Complot — Éléments du complot — Les appelants et un coaccusé sont accusés sous des chefs séparés de complot en vue de faire le trafic de deux stupéfiants — La preuve d'un complot en vue de perpétrer l'un des actes interdits justifie la déclaration de culpabilité.*

<sup>e</sup> *Droit criminel — Interception des communications privées — Clause générale autorisant l'interception des communications privées s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que l'interception peut faciliter l'enquête — Clause invalide dissociable du reste de l'autorisation.*

<sup>f</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *sub nom. R. v. Paterson* (1985), 44 C.R. (3d) 150, 18 C.C.C. (3d) 137, qui a accueilli un appel interjeté contre le jugement du juge Killeen de la Cour de comté, résumé à 11 W.C.B. 253, et a infirmé les acquittements et ordonné la tenue de nouveaux procès. Pourvoi rejeté.

<sup>g</sup> *D. Fletcher Dawson*, pour l'appelant Ackworth.

*Christopher A. W. Bentley*, pour l'appelant Kovach.

<sup>h</sup> *Michael R. Dambrot*, pour l'intimée.

<sup>i</sup> Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

<sup>j</sup> LE JUGE EN CHEF—M<sup>e</sup> Dambrot, nous n'avons pas besoin de vous entendre. Nous ne sommes pas convaincus que la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en accueillant l'appel interjeté

ment of Killeen Co. Ct. J. at trial and in setting aside the acquittals and ordering new trials.

par le ministère public contre le jugement rendu en première instance par le juge Killeen de la Cour de comté, en infirmant les acquittements et en ordonnant des nouveaux procès.

We accordingly dismiss the present appeal.

<sup>a</sup> Nous sommes d'avis de rejeter le présent pourvoi.

*Judgment accordingly.*

<sup>b</sup> *Jugement en conséquence.*

*Solicitors for the appellant Ackworth: Cohen, Melnitzer, London.*

<sup>b</sup> *Procureurs de l'appellant Ackworth: Cohen, Melnitzer, London.*

*Solicitors for the appellant Kovach: Norman Peel, Q.C., London; Bentley, McNair & Butkus, London.*

<sup>c</sup> *Procureurs de l'appellant Kovach: Norman Peel, c.r., London; Bentley, McNair & Butkus, London.*

*Solicitor for the respondent: F. Iacobucci, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée: F. Iacobucci, Ottawa.*

**Her Majesty The Queen Appellant**

v.

**Dalton Chase Respondent**

INDEXED AS: R. v. CHASE

File No.: 18846.

1986: April 25; 1987: October 15.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEW BRUNSWICK

*Criminal law — Sexual assault — Definition of the offence of sexual assault — Offence one of general rather than specific intent — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 244, 246.1.*

Respondent was convicted of sexual assault contrary to s. 246.1(1)(a) of the *Criminal Code*. He entered the home of the complainant, a fifteen-year-old girl, without invitation, seized her around the shoulders and arms and grabbed her breasts. When she fought back, he said: "Come on dear, don't hit me, I know you want it." She testified at trial that he tried to grab her "private" but did not succeed. On appeal, the Court of Appeal expressed the view that the modifier "sexual" in the new offence of sexual assault should be taken to refer to parts of the body, particularly the genitalia. Because there was no contact with the complainant's genitals, the conviction at trial was set aside and a conviction for common assault substituted. The only question arising in this appeal is that of the definition of the offence of sexual assault.

*Held:* The appeal should be allowed.

Sexual assault is an assault within any one of the definitions of that concept in s. 244(1) of the *Criminal Code* which is committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated. The test to be applied in determining whether the impugned conduct has the requisite sexual nature is an objective one: "Viewed in the light of all the circumstances, is the sexual or carnal context of the assault visible to a reasonable observer". The part of the body touched, the nature of the contact, the situation in which it occurred, the words and gestures accompanying the act, and all other circumstances surrounding the con-

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

**Sa Majesté La Reine Appelante**

c.

**Dalton Chase Intimé**<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. CHASE

N° du greffe: 18846.

1986: 25 avril; 1987: 15 octobre.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Wilson et Le Dain.EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

<sup>c</sup> *Droit criminel — Agression sexuelle — Définition de l'infraction d'agression sexuelle — Infraction requérant une intention générale plutôt que spécifique — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 244, 246.1.*

<sup>d</sup> L'intimé a été déclaré coupable d'agression sexuelle contrairement à l'al. 246.1(1)a) du *Code criminel*. Il est entré dans la maison de la plaignante, une jeune fille de 15 ans, sans y être invité, l'a enlacée à la hauteur des bras et des épaules et a mis les mains sur ses seins. Lorsqu'elle s'est débattue, il a dit: [TRADUCTION] <sup>e</sup> «Allons chérie, ne me frappe pas, je sais que tu le veux.» Au procès, elle a déposé qu'il avait tenté de lui toucher les «parties», mais sans succès. La Cour d'appel a exprimé l'opinion que le qualificatif «sexuelle» dans la nouvelle infraction d'agression sexuelle devrait être <sup>f</sup> interprété comme visant des parties du corps, en particulier les parties génitales. Étant donné qu'il n'y a pas eu de contact avec les parties génitales de la plaignante, la déclaration de culpabilité rendue au procès a été annulée et remplacée par une déclaration de culpabilité de voies <sup>g</sup> de fait simples. La seule question qui se pose dans le présent pourvoi est celle de la définition de l'infraction d'agression sexuelle.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

<sup>h</sup> L'agression sexuelle est une agression, au sens de l'une ou l'autre des définitions de ce concept au par. 244(1) du *Code criminel*, qui est commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si la conduite reprochée comporte la nature sexuelle requise est objectif: <sup>i</sup> «Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle percevoir le contexte sexuel ou charnel de l'agression?» La partie du corps qui est touchée, la nature du contact, la situation dans laquelle <sup>j</sup> cela s'est produit, les paroles et les gestes qui ont

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

duct, including threats which may or may not be accompanied by force, will be relevant. The accused's intent or purpose as well as his motive, if such motive is sexual gratification, may also be factors in considering whether the conduct is sexual. Implicit in this view of sexual assault is the notion that the offence is one requiring a general intent only. In the present case, there was ample evidence before the trial judge upon which he could find that sexual assault was committed. Viewed objectively in the light of all the circumstances, it is clear that the conduct of the respondent in grabbing the complainant's breasts constituted an assault of a sexual nature.

#### Cases Cited

Considered: *R. v. Alderton* (1985), 49 O.R. (2d) 257; *R. v. Taylor* (1985), 44 C.R. (3d) 263; referred to: *R. v. Cook* (1985), 20 C.C.C. (3d) 18; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956; *R. v. Bernard* (1985), 18 C.C.C. (3d) 574.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 244 [rep. & subs. 1974-75-76, c. 93, s. 21; rep. & subs. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 245(1) [rep. & subs. 1972, c. 13, s. 21; rep. & subs. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 246.1 [ad. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19].

#### Authors Cited

Boyle, Christine. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.  
 Usprich, S. J. "A New Crime in Old Battles: Definitional Problems with Sexual Assault" (1987), 29 *Crim. L.Q.* 200.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1984), 13 C.C.C. (3d) 187, 40 C.R. (3d) 282, 55 N.B.R. (2d) 97, 144 A.P.R. 97, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault and substituting a verdict of guilty of common assault. Appeal allowed.

accompagné l'acte, et toutes les autres circonstances entourant la conduite, y compris les menaces avec ou sans emploi de la force, constituent des éléments pertinents. L'intention ou le dessein de l'accusé de même que son mobile, si ce mobile était de tirer un plaisir sexuel, peuvent aussi constituer des facteurs à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. La notion que l'infraction n'exige qu'une intention générale se dégage implicitement de cette conception de l'agression sexuelle. En l'espèce, on a présenté suffisamment d'éléments de preuve au juge du procès pour qu'il puisse conclure qu'une agression sexuelle a été commise. Si l'on examine de façon objective la conduite de l'intimé en fonction de toutes les circonstances, il est évident que le fait de mettre ses mains sur les seins de la plaignante constituait une agression de nature sexuelle.

#### Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. v. Alderton* (1985), 49 O.R. (2d) 257; *R. v. Taylor* (1985), 44 C.R. (3d) 263; arrêts mentionnés: *R. v. Cook* (1985), 20 C.C.C. (3d) 18; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956; *R. v. Bernard* (1985), 18 C.C.C. (3d) 574.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 244 [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 21; abr. & rempl. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19], 245(1) [abr. & rempl. 1972, chap. 13, art. 21; abr. & rempl. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19], 246.1 [aj. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19].  
*Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 125.

#### Doctrine citée

Boyle, Christine. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.  
 Usprich, S. J. «A New Crime in Old Battles: Definitional Problems with Sexual Assault» (1987), 29 *Crim. L.Q.* 200.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1984), 13 C.C.C. (3d) 187, 40 C.R. (3d) 282, 55 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 97, 144 A.P.R. 97, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'agression sexuelle et qui y a substitué un verdict de culpabilité de voies de fait simples. Pourvoi accueilli.



*William J. Corby*, for the appellant.

*John S. MacPhee*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal concerns the meaning of the term ‘sexual assault’, as it is used in ss. 244 and 246.1 of the *Criminal Code*. For ease of reference, the sections are reproduced hereunder:

**244.** (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

(b) he attempts or threatens, by an act or gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe upon reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose; or

(c) while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person or begs.

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(c) fraud; or

(d) the exercise of authority.

(4) Where an accused alleges that he believed that the complainant consented to the conduct that is the subject-matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief.

**246.1** (1) Every one who commits a sexual assault is guilty of

*William J. Corby*, pour l'appelante.

*John S. MacPhee*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu  
a par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi porte sur le sens de l'expression «agression sexuelle» utilisée aux art. 244 et 246.1 du *Code criminel*. Pour b en faciliter la consultation, voici le texte de ces articles:

**244.** (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein; ou

c) en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie.

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles et les agressions f sexuelles graves.

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison:

a) de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

c) de la fraude; ou

d) de l'exercice de l'autorité.

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant a consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge doit, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demander à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

**246.1** (1) Quiconque commet une agression sexuelle est coupable

- (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years; or  
 (b) an offence punishable on summary conviction.

(2) Where an accused is charged with an offence under subsection (1) or section 246.2 or 246.3 in respect of a person under the age of fourteen years, it is not a defence that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge unless the accused is less than three years older than the complainant.

The facts may be briefly described. The respondent, Chase, was a neighbour of the complainant, a fifteen-year-old girl. They lived in a small hamlet near Fredericton, New Brunswick. On October 22, 1983, Chase entered the home of the complainant without invitation. The complainant and her eleven-year-old brother were in the downstairs portion of the house, playing pool. Their eighty-three-year-old grandfather was upstairs sleeping. Their parents were absent. The respondent seized the complainant around the shoulders and arms and grabbed her breasts. When she fought back, he said: "Come on dear, don't hit me, I know you want it." The complainant said at trial that: "He tried to grab for my private, but he didn't succeed because my hands were too fast." Eventually, the complainant and her brother were able to make a telephone call to a neighbour and the respondent left. Prior to leaving, he said that he was going to tell everybody that she had raped him. The whole episode lasted little more than half an hour. The respondent was charged with the offence of sexual assault and was found guilty after trial in the Provincial Court. He appealed to the Court of Appeal for New Brunswick where his appeal was dismissed, a verdict of guilty of the included offence of common assault under s. 245(1) of the *Criminal Code* was substituted, and a sentence of six months' imprisonment was imposed: (1984), 13 C.C.C. (3d) 187, 40 C.R. (3d) 282, 55 N.B.R. (2d) 97, 144 A.P.R. 97.

In the Court of Appeal, Angers J.A., speaking for a unanimous court (Stratton C.J.N.B., Ryan and Angers J.J.A.), expressed the view that the principles developed with respect to rape and indecent assault were of little assistance in approaching the question of sexual assault. In his view, the

- a) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans; ou  
 b) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

(2) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction visée au paragraphe (1) ou aux articles 246.2 ou 246.3 à l'égard d'une personne âgée de moins de quatorze ans, ne constitue pas une défense le fait que le plaignant a consenti aux actes à l'origine de l'accusation sauf si l'accusé est de moins de trois ans son aîné.

Les faits peuvent être décrits brièvement. L'intimé, Chase, était un voisin de la plaignante, une jeune fille âgée de 15 ans. Ils vivaient dans un petit hameau près de Fredericton (Nouveau-Brunswick). Le 22 octobre 1983, Chase est entré dans la maison de la plaignante sans y être invité. La plaignante et son frère de onze ans jouaient au billard dans le sous-sol. Leur grand-père âgé de quatre-vingt-trois ans dormait à l'étage. Leurs parents étaient absents. L'intimé a enlacé la plaignante à la hauteur des bras et des épaules et a mis les mains sur ses seins. Lorsqu'elle s'est débattue, il a dit: [TRADUCTION] «Allons chérie, ne me frappe pas, je sais que tu le veux.» Au procès, la plaignante a affirmé: [TRADUCTION] «Il a tenté de me toucher les parties, mais il n'a pas réussi parce que mes mains ont été plus rapides.» Finalement, la plaignante et son frère ont été en mesure de téléphoner à un voisin et l'intimé est parti. Avant de s'en aller, il a dit qu'il allait raconter à tout le monde qu'elle l'avait violé. L'incident a duré en tout un peu plus d'une demi-heure. L'intimé a été accusé de l'infraction d'agression sexuelle et a été déclaré coupable après avoir subi son procès en Cour provinciale. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté son appel, a substitué un verdict de culpabilité de l'infraction incluse de voies de fait simples décrite au par. 245(1) du *Code criminel* et a imposé une peine de six mois d'emprisonnement: (1984), 13 C.C.C. (3d) 187, 40 C.R. (3d) 282, 55 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 97, 144 A.P.R. 97.

En appel, le juge Angers, s'exprimant au nom de la cour à l'unanimité (le juge en chef Stratton et les juges Ryan et Angers), s'est dit d'avis que les principes établis à l'égard du viol et de l'attentat à la pudeur étaient peu utiles pour aborder la question de l'agression sexuelle. Selon lui, le qualifica-

modifier "sexual" should be taken to refer to parts of the body, particularly the genitalia. He considered that a broader definition of the term could lead to absurd results if it encompassed other portions of the human anatomy described as having "secondary sexual characteristics". He also expressed the view that sexual assault did not require or involve a specific intent. Because there was no contact with the complainant's genitals, the conviction at trial was set aside and a conviction for common assault substituted. It becomes evident from the recital of these facts that the only question arising on the appeal is that of the definition of the offence of sexual assault.

The new sexual assault provisions of the *Criminal Code* were enacted in the *Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125. They replace the previous offences of rape, attempted rape, sexual intercourse with the feeble-minded, and indecent assault on a female or male. It is now for the courts to endeavour to develop a realistic and workable approach to the construction of the new sections. The key sections are 244 and 246.1, *supra*. Section 246.1 creates the offence of sexual assault, an expression nowhere defined in the *Criminal Code*. To determine its nature, we must first turn to the assault section, 244(1), where an assault is defined in terms similar, if not identical, to the concept of assault at common law. Section 244(2) provides that the section applies to sexual assaults. It was suggested in argument by the respondent that paras. (a), (b) and (c) of s. 244(1) are to be read disjunctively so that only para. (a) could be applicable to the offence of sexual assault. This, it was said, must have been the position taken by the New Brunswick Court of Appeal because, in its consideration of s. 244, it dealt only with para. (a), apparently considering that contact was necessary to complete a sexual assault. I would dispose of this argument by simply referring to the specific words of s. 244(2) which make the section applicable to sexual assaults. In

tif «sexuelle» devrait être interprété comme visant des parties du corps, en particulier les parties génitales. Il a considéré qu'une définition plus large de l'expression pourrait entraîner des résultats absurdes si elle visait d'autres parties de l'anatomie décrites comme ayant [TRADUCTION] «des caractéristiques sexuelles secondaires». Il a également exprimé l'opinion que l'agression sexuelle n'exige pas ou ne comporte pas une intention spécifique. Étant donné qu'il n'y a pas eu de contact avec les parties génitales de la plaignante, la déclaration de culpabilité rendue au procès a été annulée et remplacée par une déclaration de culpabilité de voies de fait simples. Il ressort clairement de ces faits que la seule question qui se pose dans le présent pourvoi est celle de la définition de l'infraction d'agression sexuelle.

Les nouvelles dispositions du *Code criminel* en matière d'agression sexuelle ont été adoptées dans la *Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 125. Elles remplacent les anciennes infractions de viol, de tentative de viol, de rapports sexuels avec une personne faible d'esprit et d'attentat à la pudeur d'une personne de sexe féminin ou masculin. Il incombe maintenant aux tribunaux de tenter d'élaborer une façon réaliste et pratique d'aborder l'interprétation des nouveaux articles. Les articles 244 et 246.1 précités constituent les dispositions clés. L'article 246.1 crée l'infraction d'agression sexuelle, une expression qui n'est nulle part définie dans le *Code criminel*. Pour déterminer sa nature, nous devons d'abord examiner le par. 244(1) relatif aux voies de fait où celles-ci sont définies dans des termes semblables, voire identiques, au concept de voies de fait en *common law*. Le paragraphe 244(2) prévoit que l'article s'applique aux agressions sexuelles. L'intimé a soutenu que les al. a), b) et c) du par. 244(1) doivent être lus de manière disjonctive de sorte que seul l'al. a) puisse s'appliquer à l'infraction d'agression sexuelle. On a dit que ce devait être la position adoptée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick parce que, dans son examen de l'art. 244, elle n'a traité que de l'al. a), considérant apparemment qu'un contact était nécessaire pour qu'il y ait

my view, however sexual assault may be defined, its definition cannot be limited to the provisions of s. 244(1)(a).

Since judgment was given in this case in the New Brunswick Court of Appeal, other appellate courts have dealt with the problem. As far as I am able to determine, none has followed the approach of the Court of Appeal in this case. In *R. v. Alderton* (1985), 49 O.R. (2d) 257, the matter was presented to the Ontario Court of Appeal. In that case, the accused gained entry to an apartment building at night, wearing a face mask. He entered the apartment of the complainant who was alone and asleep in her bedroom. He seized her and forced her back upon the pillows but after a struggle she managed to escape. The Court of Appeal dismissed an appeal from a conviction of sexual assault made at trial. Martin J.A., speaking for a unanimous court (Martin, Lacourcière and Finlayson J.J.A.), said at p. 263:

We are, with the greatest deference, unable to accept the views of the court expressed in that case [*Chase*]. Without in any way attempting to give a comprehensive definition of a "sexual assault" we are all satisfied that it includes an assault with the intention of having sexual intercourse with the victim without her consent, or an assault made upon a victim for the purpose of sexual gratification.

We are all of the view that in the circumstances of the present case, there was ample evidence upon which the jury could find that the appellant committed a sexual assault upon the complainant and, indeed, we think the evidence did not permit of any other conclusion.

As he said, in these words, Martin J.A. was not attempting a comprehensive definition of sexual assault, nor was he saying that the concept of sexual assault was limited to an assault with the intention of having sexual intercourse or for the purposes of sexual gratification. His view was that, where these elements were present, it would be sufficient to categorize the assault as sexual. They do not constitute the sole basis for a finding of

agression sexuelle. J'écarterais cet argument en mentionnant simplement les termes précis du par. 244(2) qui rendent l'article applicable aux agressions sexuelles. À mon avis, quelle que soit la définition de l'agression sexuelle, elle ne peut être limitée aux dispositions de l'al. 244(1)a).

Depuis l'arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick en l'espèce, d'autres cours d'appel se sont penchées sur cette question. D'après ce que je puis constater, aucune n'a adopté la position de la Cour d'appel en l'espèce. Dans *R. v. Alderton* (1985), 49 O.R. (2d) 257, la question a été soumise à la Cour d'appel de l'Ontario. Dans cette affaire, l'accusé, portant un masque, est entré de nuit dans un immeuble d'appartements. Il est entré dans l'appartement de la plaignante qui dormait seule dans sa chambre à coucher. Il s'est emparé d'elle et l'a forcée à se coucher sur les oreillers, mais elle s'est débattue et a réussi à s'enfuir. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle rendue au procès. Le juge Martin, s'exprimant au nom de la cour à l'unanimité (les juges Martin, Lacourcière et Finlayson), affirme à la p. 263:

[TRADUCTION] Nous sommes, avec toute la déférence qui s'impose, incapables d'accepter l'opinion exprimée par la cour dans cette affaire [*Chase*]. Sans d'aucune façon tenter de donner une définition détaillée de l'agression sexuelle, nous sommes tous convaincus qu'elle comprend l'agression dans l'intention d'avoir des rapports sexuels avec la victime sans son consentement ou l'agression d'une victime dans le but de tirer un plaisir sexuel.

Nous sommes tous d'avis que, dans les circonstances de l'espèce, il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour que le jury conclue que l'appelant a agressé sexuellement la plaignante et, en fait, nous croyons que la preuve ne permettait pas d'arriver à une autre conclusion.

Comme il l'a dit, par ces termes, le juge Martin ne tentait pas de donner une définition détaillée de l'agression sexuelle et ne disait pas non plus que le concept d'agression sexuelle se limitait à une agression commise dans l'intention d'avoir des rapports sexuels ou dans le but de tirer un plaisir sexuel. Il était d'avis que si ces éléments étaient présents, ce serait suffisant pour qualifier l'agression de sexuelle. Ces éléments ne constituent pas

sexual assault, nor may this reference to them be taken as a finding that a specific intent is required for the completion of the offence.

In *R. v. Taylor* (1985), 44 C.R. (3d) 263, the matter was considered in the Alberta Court of Appeal. The accused, in seeking to discipline a teenage girl placed in his care, tied the girl's wrists to an overhead metal support and made her stand naked for periods of ten to fifteen minutes and, on one occasion, administered several blows with a wooden paddle on the buttocks. There were no other acts which could have been described as sexual in nature. The accused was acquitted at trial. The Crown's appeal was allowed and a new trial was ordered. Laycraft C.J.A., for a unanimous court (Laycraft C.J.A., Haddad and Belzil J.J.A.), said, at p. 268:

The new provisions do not define "sexual assault". However, "assault" is defined and thus the new offences are an assault with some additional meaning required by the modifier "sexual". In the offences which were replaced this was also true of "indecent assault", a term which gave no difficulty in judicial interpretation. For decades, juries were charged that indecent assault was an assault in circumstances of indecency (*R. v. Louie Chong* (1914), 32 O.L.R. 66, 23 C.C.C. 250 (C.A.); *R. v. Quinton*, [1947] S.C.R. 234, 3 C.R. 6, 88 C.C.C. 231). Though this approach was susceptible to the comment that it was simply an assertion that an assault is indecent if it is indecent, it was nevertheless an approach perfectly understandable by generations of juries, and eminently practicable in the administration of the criminal law.

He then went on to discuss various authorities and rejected the *Chase* approach with its reliance on the specific involvement of areas of the body and the dictionary definitions of the term "sexual". He noted that all the decisions he discussed rejected the *Chase* approach and he spoke approvingly of the position of Martin J.A. in the Ontario Court of Appeal in *Alderton*, *supra*, saying, at p. 269:

l'unique fondement pour conclure qu'il y a eu agression sexuelle, pas plus que leur mention ne doit être considérée comme une conclusion qu'il faut une intention spécifique pour que l'infraction soit complète.

Dans *R. v. Taylor* (1985), 44 C.R. (3d) 263, la question a été examinée par la Cour d'appel de l'Alberta. L'accusé, pour punir une adolescente placée sous sa garde, l'a attachée par les poignets à un support métallique vertical et l'a obligée à se tenir debout nue pendant des périodes de dix à quinze minutes et, à une occasion, lui a donné plusieurs coups sur les fesses avec une palette de bois. Il n'y a eu aucun autre acte qui aurait pu être décrit comme étant de nature sexuelle. L'accusé a été acquitté en première instance. L'appel du ministère public a été accueilli et un nouveau procès a été ordonné. Le juge en chef Laycraft, s'exprimant au nom de la cour à l'unanimité (le juge en chef Laycraft et les juges Haddad et Belzil), affirme à la p. 268:

[TRADUCTION] Les nouvelles dispositions ne définissent pas l'«agression sexuelle». Toutefois, les «voies de fait» sont définies et les nouvelles infractions constituent donc des voies de fait qui comportent une certaine signification supplémentaire qu'exige le qualificatif «sexuelle». En ce qui a trait aux infractions qui ont été remplacées, c'était également vrai dans le cas de l'«attentat à la pudeur», une expression que les tribunaux n'ont pas eu de difficulté à interpréter. Pendant des décennies, on a dit aux jurys que l'attentat à la pudeur constituait des voies de fait dans des circonstances comportant de l'indécence (*R. v. Louie Chong* (1914), 32 O.L.R. 66, 23 C.C.C. 250 (C.A.); *R. v. Quinton*, [1947] R.C.S. 234, 3 C.R. 6, 88 C.C.C. 231). Même si l'on pouvait dire que c'était là simplement une affirmation qu'il y avait attentat à la pudeur s'il y avait indécence, il s'agissait néanmoins d'un point de vue que des générations de jurys ont pu comprendre parfaitement et qui était très pratique pour l'application du droit criminel.

Il a ensuite analysé divers précédents et a rejeté le point de vue adopté dans l'arrêt *Chase* qui reposait sur la détermination de certaines parties du corps et sur les définitions que donnent les dictionnaires du terme «sexuel». Il a souligné que toutes les décisions qu'il avait analysées rejetaient le point de vue adopté dans l'arrêt *Chase* et il a mentionné et approuvé la position du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Alderton*, précité, affirmant à la p. 269:

Without joining a battle of dictionaries, it is my view that these words were intended to comprehend a wide range of forcible acts within the definition of "assault" to which, in the circumstances disclosed by the evidence, there is a carnal aspect. "Sexual assault" is therefore an act of force in circumstances of sexuality as that can be seen in the circumstances. Like *Martin J.A.* I would not attempt a comprehensive definition of "sexual assault". The term includes, however, an act which is intended to degrade or demean another person for sexual gratification. Nothing in the new sections of the Code in my view restricts the carnal or sexual aspect only to acts of force involving the sexual organs and I respectfully disagree with the restricted meaning expressed in *R. v. Chase, supra*.

It was his view that the carnal aspect was to be judged objectively: "Viewed in the light of all the circumstances, is the sexual or carnal context of the assault visible to a reasonable observer?"

In the British Columbia Court of Appeal, the matter was considered in *R. v. Cook* (1985), 20 C.C.C. (3d) 18. In this case, on facts which clearly revealed conduct which would qualify as sexual assaults, the *Chase* approach was again rejected. *Lambert J.A.* did not attempt to give a precise definition of sexual assault where Parliament had declined to do so, but he did consider that the characteristic which made a simple assault into a sexual assault was not solely a matter of anatomy. He considered that a real affront to sexual integrity and sexual dignity may be sufficient.

It will be seen from this brief review of the cases that the approach taken by the New Brunswick Court of Appeal in the case at bar has found little, if any, support. All the cases cited have recognized the need for a broader approach and all have recognized the difficulty in formulating one. While I would agree that it is difficult and probably unwise to attempt to develop a precise and all-inclusive definition of the new offence of sexual assault at this stage in its development, it seems to me to be necessary to attempt to settle upon

[TRANSDUCTION] Sans m'engager dans une bataille de dictionnaires, je suis d'avis que ces termes étaient destinés à viser une large gamme d'actes accomplis par la force au sens de la définition de «voies de fait», qui, dans les circonstances révélées par la preuve, comportent un aspect charnel. Par conséquent, l'«agression sexuelle» est un acte où il y a emploi de la force dans un contexte de sexualité qu'on peut dégager des faits. À l'instar du juge *Martin*, je ne tenterais pas de donner une définition détaillée de l'«agression sexuelle». Toutefois, l'expression comprend un acte qui a pour but de dégrader ou de diminuer une autre personne à des fins de plaisir sexuel. À mon avis, les nouveaux articles du Code ne limitent nullement l'aspect charnel ou sexuel à des actes comportant l'emploi de la force relativement aux organes sexuels et, avec égards, je suis en désaccord avec le sens restreint énoncé dans l'arrêt *R. v. Chase*, précité.

Il était d'avis que l'aspect charnel devait être jugé de façon objective: [TRANSDUCTION] «Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle percevoir le contexte sexuel ou charnel de l'agression?»

La question a été examinée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. Cook* (1985), 20 C.C.C. (3d) 18. Dans cet arrêt, d'après des faits qui révélaient clairement une conduite qui pourrait être qualifiée d'agression sexuelle, le point de vue adopté dans l'arrêt *Chase* a de nouveau été rejeté. Le juge *Lambert* n'a pas tenté de donner une définition précise de l'agression sexuelle alors que le législateur avait refusé de le faire, mais il a souligné que la caractéristique qui faisait en sorte que de simples voies de fait devenaient une agression sexuelle n'était pas uniquement une question d'anatomie. Il a considéré qu'une atteinte réelle à l'intégrité sexuelle et à la dignité sexuelle peut être suffisante.

Ce bref examen de la jurisprudence nous permet de constater que le point de vue adopté par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick en l'espèce a reçu peu d'appui, voire pas du tout. Dans tous les arrêts mentionnés, on a reconnu qu'il était nécessaire d'adopter un point de vue plus large et qu'il était difficile de le formuler. Je serais d'accord pour dire qu'il serait difficile et probablement mal avisé de tenter de donner une définition précise et exhaustive de la nouvelle infraction d'agression sexuelle à ce stade-ci de son élaboration, mais il me semble

certain considerations which may be of assistance to the courts in developing on a case-to-case basis a workable definition of the offence.

To begin with, I agree, as I have indicated, that the test for the recognition of sexual assault does not depend solely on contact with specific areas of the human anatomy. I am also of the view that sexual assault need not involve an attack by a member of one sex upon a member of the other; it could be perpetrated upon one of the same sex. I agree as well with those who say that the new offence is truly new and does not merely duplicate the offences it replaces. Accordingly, the definition of the term "sexual assault" and the reach of the offence it describes is not necessarily limited to the scope of its predecessors. I would consider as well that the test for its recognition should be objective.

While it is clear that the concept of a sexual assault differs from that of the former indecent assault, it is nevertheless equally clear that the terms overlap in many respects and sexual assault in many cases will involve the same sort of conduct that formerly would have justified a conviction for an indecent assault. The definitional approach to indecent assault, also an offence not defined in the *Criminal Code*, therefore offers a guide in our approach to the new offence, as recognized by Laycraft C.J.A. After many years of dealing with the concept of indecent assault, the courts developed the definition, "an assault in circumstances of indecency". This, of course, was an imprecise definition but everyone knew what an indecent assault was. The law in that respect was reasonably clear and there was little difficulty with its enforcement. In my view then, a similar approach may be adopted in formulating a definition of sexual assault.

nécessaire de tenter de régler certaines considérations qui peuvent aider les tribunaux à mettre au point en fonction de chaque cas particulier une définition pratique de l'infraction.

a

Tout d'abord, je conviens, comme je l'ai indiqué, que le critère de reconnaissance de l'agression sexuelle ne dépend pas seulement du contact avec des parties précises de l'anatomie. Je suis également d'avis qu'il n'est pas nécessaire que l'agression sexuelle comporte une attaque par une personne d'un certain sexe contre une personne du sexe opposé; elle peut être commise contre une personne du même sexe. De même, je suis d'accord avec ceux qui disent que la nouvelle infraction est véritablement nouvelle et ne reproduit pas simplement les infractions qu'elle remplace. Par conséquent, la définition de l'expression «agression sexuelle» et la portée de l'infraction qu'elle décrit ne se limitent pas nécessairement à la portée de celles qui l'ont précédée. J'estime également que le critère applicable pour reconnaître cette infraction devrait être objectif.

e

Bien qu'il soit clair que le concept d'agression sexuelle est différent de celui de l'ancien attentat à la pudeur, il est néanmoins également clair que les expressions se chevauchent à plusieurs égards et que l'agression sexuelle comportera, dans un bon nombre de cas, le même genre de conduite que celle qui auparavant aurait justifié une déclaration de culpabilité d'attentat à la pudeur. La façon de définir l'attentat à la pudeur, qui est également une infraction non définie dans le *Code criminel*, offre donc un guide relativement à notre façon d'aborder la nouvelle infraction, comme l'a reconnu le juge en chef Laycraft. Après avoir traité du concept d'attentat à la pudeur pendant de nombreuses années, les tribunaux ont formulé la définition suivante: [TRADUCTION] «des voies de fait dans des circonstances comportant de l'indécence». Évidemment, il s'agissait d'une définition imprécise, mais tout le monde savait ce qu'était un attentat à la pudeur. Le droit à cet égard était suffisamment clair et son application posait peu de difficultés. Alors, à mon avis, on peut aborder de la même manière la formulation d'une définition de l'agression sexuelle.

j

Applying these principles and the authorities cited, I would make the following observations. Sexual assault is an assault within any one of the definitions of that concept in s. 244(1) of the *Criminal Code* which is committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated. The test to be applied in determining whether the impugned conduct has the requisite sexual nature is an objective one: "Viewed in the light of all the circumstances, is the sexual or carnal context of the assault visible to a reasonable observer" (*Taylor, supra, per Laycraft C.J.A.*, at p. 269). The part of the body touched, the nature of the contact, the situation in which it occurred, the words and gestures accompanying the act, and all other circumstances surrounding the conduct, including threats which may or may not be accompanied by force, will be relevant (see S. J. Usprich, "A New Crime in Old Battles: Definitional Problems with Sexual Assault" (1987), 29 *Crim. L.Q.* 200, at p. 204.) The intent or purpose of the person committing the act, to the extent that this may appear from the evidence, may also be a factor in considering whether the conduct is sexual. If the motive of the accused is sexual gratification, to the extent that this may appear from the evidence, it may be a factor in determining whether the conduct is sexual. It must be emphasized, however, that the existence of such a motive is simply one of many factors to be considered, the importance of which will vary depending on the circumstances.

Implicit in this view of sexual assault is the notion that the offence is one requiring a general intent only. This is consistent with the approach adopted by this Court in cases such as *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, and *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956, where it was held that rape and indecent assault were offences of general intent. I am unable to see any reason why the same approach should not be taken with respect to sexual assault. The factors which could motivate sexual assault are said to be many and varied (see C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), at p. 74). To put upon the Crown the burden of proving a specific intent would go a long way toward

Appliquant ces principes et la jurisprudence citée, je fais les observations suivantes. L'agression sexuelle est une agression, au sens de l'une ou l'autre des définitions de ce concept au par. 244(1) du *Code criminel*, qui est commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si la conduite reprochée comporte la nature sexuelle requise est objectif: «Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle percevoir le contexte sexuel ou charnel de l'agression?» (*Taylor, précité, le juge en chef Laycraft, à la p. 269*). La partie du corps qui est touchée, la nature du contact, la situation dans laquelle cela s'est produit, les paroles et les gestes qui ont accompagné l'acte, et toutes les autres circonstances entourant la conduite, y compris les menaces avec ou sans emploi de la force, constituent des éléments pertinents (voir S. J. Usprich, «A New Crime in Old Battles: Definitional Problems with Sexual Assault» (1987), 29 *Crim. L.Q.* 200, à la p. 204.) L'intention ou le dessein de la personne qui commet l'acte, dans la mesure où cela peut ressortir des éléments de preuve, peut également être un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. Si le mobile de l'accusé était de tirer un plaisir sexuel, dans la mesure où cela peut ressortir de la preuve, il peut s'agir d'un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. Toutefois, il faut souligner que l'existence d'un tel mobile constitue simplement un des nombreux facteurs dont on doit tenir compte et dont l'importance variera selon les circonstances.

La notion que l'infraction n'exige qu'une intention générale se dégage implicitement de cette conception de l'agression sexuelle. Cela est conforme au point de vue que cette Cour a adopté dans les arrêts *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, et *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956, où on a jugé que le viol et l'attentat à la pudeur étaient des infractions exigeant une intention générale. Il m'est impossible de voir pourquoi on ne pourrait adopter le même point de vue en matière d'agression sexuelle. On dit que les facteurs qui pourraient motiver l'agression sexuelle sont nombreux et variés (voir C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), à la p. 74). Imposer au ministère



defeating the obvious purpose of the enactment. Moreover, there are strong reasons in social policy which would support this view. To import an added element of specific intent in such offences, would be to hamper unreasonably the enforcement process. It would open the question of the defence of drunkenness, one which has always been related to the capacity to form a specific intent and which has generally been excluded by law and policy from offences requiring only the minimal intent to apply force (see *R. v. Bernard* (1985), 18 C.C.C. (3d) 574 (Ont. C.A., *per* Dubin J.A.)) For these reasons, I would say that the offence will be one of general rather than specific intent.

Turning to the case at bar I have no difficulty in concluding, on the basis of the principles I have discussed above, that there was ample evidence before the trial judge upon which he could find that sexual assault was committed. Viewed objectively in the light of all the circumstances, it is clear that the conduct of the respondent in grabbing the complainant's breasts constituted an assault of a sexual nature. I would therefore allow the appeal, set aside the conviction of common assault recorded by the Court of Appeal and restore the conviction of sexual assault made at trial. The sentence of six months should stand.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: William J. Corby, Fredericton.*

*Solicitor for the respondent: John S. MacPhee, Fredericton.*

public le fardeau de démontrer une intention spécifique contribuerait largement à faire échouer l'objet évident de la disposition. En outre, il y a de solides motifs en matière de politique sociale qui appuieraient ce point de vue. Le processus d'application serait entravé de manière déraisonnable par l'ajout d'un élément d'intention spécifique dans ces infractions. Cela contribuerait à soulever la question de la défense d'ivresse qui a toujours été reliée à la capacité de former une intention spécifique et qui a généralement été exclue par le droit et les principes des infractions n'exigeant qu'une intention minimale de faire usage de la force (voir *R. v. Bernard* (1985), 18 C.C.C. (3d) 574 (C.A. Ont., *le juge Dubin*)). Pour ces motifs, je suis d'avis de dire que l'infraction exige une intention générale plutôt que spécifique.

Si l'on examine l'espèce, je n'ai aucune difficulté à conclure, suivant les principes que je viens d'analyser, qu'on a présenté suffisamment d'éléments de preuve au juge du procès pour qu'il puisse décider qu'une agression sexuelle a été commise. Si l'on examine de façon objective la conduite de l'intimé en fonction de toutes les circonstances, il est évident que le fait de mettre ses mains sur les seins de la plaignante constituait une agression de nature sexuelle. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de voies de fait simples inscrite par la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle rendue au procès. Il convient de maintenir la peine de six mois d'emprisonnement.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: William J. Corby, Fredericton.*

*Procureur de l'intimé: John S. MacPhee, Fredericton.*

**Wilmour S. Trask** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. TRASK

File No.: 17747.

1986: June 25; 1987: October 15.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

## REHEARING OF APPEAL ON ISSUE OF COSTS

*Costs — Judgment allowing appeal silent as to costs — Whether judgment rendered by this Court should be amended by awarding costs on a solicitor and client basis — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 758, 771(3) — Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 49.*

Appellant's appeal to this Court was allowed and his acquittal restored but the order was silent as to costs. The order granting appellant leave to appeal, however, had provided that costs of the application be decided on the hearing of the appeal. A rehearing was ordered to consider whether this Court's judgment should be amended by awarding appellant costs on a solicitor and client basis.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The wide discretion given to the courts in Part XXIV of the *Criminal Code* should not be fettered by adopting the propositions that (1) costs should be allowed to all successful accused appellants in summary conviction matters and that (2) an order for costs on a solicitor and client basis should follow where an infringement of a *Charter* right is found. Sections 758 and 771(3) of the *Code* and s. 49 of the *Supreme Court Act* do not support such a reading. While the Crown may often be required to pay costs when it appeals a summary conviction matter, it does not follow that the private party who successfully appeals should have his costs. When the Crown appeals a summary conviction matter in order to settle a point of law, the public benefits. The Court can require the Crown to pay the respondent's costs because an individual should not be put to substantial expense because of the Crown's initiative in seeking to effect a valid social purpose. This is not the situation here. There

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

**Wilmour S. Trask** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. TRASK

N° du greffe: 17747.

1986: 25 juin; 1987: 15 octobre.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Wilson et Le Dain.

## NOUVELLE AUDITION DU POURVOI SUR LA QUESTION DES DÉPENS

<sup>c</sup> *Dépens — Arrêt accueillant le pourvoi muet sur les dépens — L'arrêt rendu par cette Cour devrait-il être modifié par l'adjudication des dépens comme entre avocat et client? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 758, 771(3) — Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 49.*

Le pourvoi de l'appellant devant cette Cour a été accueilli et son acquittement a été rétabli, mais l'ordonnance n'a pas mentionné les dépens. Toutefois, l'ordonnance autorisant le pourvoi de l'appellant prévoyait que les dépens de la requête seraient réglés à l'audition du pourvoi. Une nouvelle audition a été ordonnée pour examiner si l'arrêt rendu par cette Cour devrait être modifié par l'adjudication des dépens comme entre avocat et client.

<sup>f</sup> *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Le grand pouvoir discrétionnaire accordé aux tribunaux dans la partie XXIV du *Code criminel* ne devrait pas être limité par l'adoption de propositions selon lesquelles (1) les dépens doivent être adjugés à tous les appelants accusés qui ont gain de cause en matière de déclaration sommaire de culpabilité et que (2) toute conclusion qu'il y a eu violation d'un droit garanti par la *Charte* devrait entraîner une adjudication des dépens comme entre avocat et client. L'article 758 et le par. 771(3) du *Code* ainsi que l'art. 49 de la *Loi sur la Cour suprême* n'appuient pas une telle interprétation. Bien que le ministère public soit souvent tenu de payer les dépens lorsqu'il se pourvoit dans un cas de déclaration sommaire de culpabilité, il n'en découle pas que le particulier qui se pourvoit avec succès doit obtenir ses dépens. Lorsque le ministère public se pourvoit dans un cas de déclaration sommaire de culpabilité afin de faire trancher un point de droit, le public en bénéficie. La Cour peut exiger que le ministère public paie les dépens de l'intimé étant donné qu'un particulier ne devrait pas

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

was no parallel with the *Therens* case where no order for costs was sought or made.

#### Cases Cited

Referred to: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Trask v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 655; *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 10, 24.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236(1) (formerly s. 234(1), as re-en. by 1974-75-76, c. 93, s. 17, and now s. 237, as re-en. by 1985, c. 19, s. 36), 758, 771(3).

*Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 49.  
*Supreme Court Rules*, SOR/83-74, s. 51.

REHEARING of an appeal on a matter of costs in light of the silence as to costs of this Court's judgment allowing appellant's appeal, [1985] 1 S.C.R. 655. Appeal dismissed.

*H. Scott Fairley*, for the appellant.

*W. G. Burke-Robertson, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant was charged, under s. 236(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (formerly s. 234(1), as re-en. by 1974-75-76, c. 93, s. 17, and now s. 237, as re-en. by 1985, c. 19, s. 36), with driving a motor vehicle, having consumed alcohol in such quantity that the proportion thereof in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood. On May 6, 1982, he complied with a demand to accompany an R.C.M.P. constable to the police station and submit to a breathalyzer test. He was not informed of his right to retain and instruct counsel without delay, as guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

At trial, he sought a remedy under s. 24 of the *Charter*. The trial judge found that he had been

encourir une dépense importante parce que le ministère public vise un objectif social valable. Ce n'est pas la situation en l'espèce. Il n'y a aucun parallèle avec l'arrêt *Therens* où aucune adjudication des dépens n'a été demandée ni prononcée.

#### Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Trask c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 655; *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 10, 24.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236(1) (anciennement art. 234(1), réad. par 1974-75-76, chap. 93, art. 17, et maintenant art. 237, réad. par 1985, chap. 19, art. 36), 758, 771(3).

*Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 49.

*Règles de la Cour suprême*, DORS/83-74, art. 51.

NOUVELLE AUDITION d'un pourvoi sur la question des dépens vu que l'arrêt de cette Cour qui a accueilli le pourvoi de l'appelant, [1985] 1 R.C.S. 655, était muet sur les dépens. Pourvoi rejeté.

*H. Scott Fairley* pour l'appelant.

*W. G. Burke-Robertson, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Aux termes du par. 236(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (anciennement le par. 234(1), réad. par 1974-75-76, chap. 93, art. 17 et maintenant art. 237, réad. par 1985, chap. 19, art. 36), l'appelant a été accusé d'avoir conduit un véhicule automobile alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. Le 6 mai 1982, il a obtempéré à la sommation qu'il lui était faite de suivre un agent de la G.R.C. jusqu'au poste de police pour y subir un alcootest. Il n'a pas été informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat comme le garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Au procès, il a cherché à obtenir un redressement aux termes de l'art. 24 de la *Charte*. Le juge

detained within the meaning of s. 10 of the *Charter* and that there had been a denial of his right to counsel. He dismissed the charge as the appropriate remedy under s. 24 of the *Charter*. The Crown's appeal to the Newfoundland Court of Appeal was allowed and the acquittal was set aside. The appellant appealed to this Court by leave, granted June 20, 1983. The issue raised in the appeal was the same as that raised in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, and the appeals were heard together. Trask's appeal was allowed and is now reported, [1985] 1 S.C.R. 655.

The order granting Trask his leave to appeal provided that: "... costs of this application is to be decided upon the hearing of the appeal". This Court's order allowing the appeal and restoring the acquittal was silent on the question of costs. A rehearing limited to the question of costs was ordered on the appellant's motion on January 30, 1986, under Rule 51 of the *Supreme Court Rules*, SOR/83-74. The question upon which the rehearing was ordered was stated by the Chief Justice in these words:

Whether the judgment rendered by this Court on May 23, 1985 ought to be amended by awarding costs to the appellant on a solicitor and client basis?

There have been some doubts about the power of a court to award costs against the Crown in summary conviction matters. These doubts were set at rest in *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568, where Beetz J., speaking for a unanimous court, after reviewing the authorities clearly held that ss. 758 and 771(3) of Part XXIV of the *Criminal Code* must be considered to bind the Crown, and their effect is to confer on the Court a broad discretion with regard to the question of costs.

The appellant advances three propositions in support of his contention that he should be awarded costs on a solicitor and client basis. First, there

du procès a conclu que l'appelant avait été détenu au sens de l'art. 10 de la *Charte* et qu'il y avait eu négation de son droit à l'assistance d'un avocat. Il a rejeté l'accusation, ce qui, selon lui, constituait le redressement qu'il convenait d'accorder aux termes de l'art. 24 de la *Charte*. L'appel du ministère public à la Cour d'appel de Terre-Neuve a été accueilli et l'acquiescement a été annulé. L'appelant s'est pourvu devant cette Cour en vertu d'une autorisation accordée le 20 juin 1983. La question soulevée dans le pourvoi était la même que celle qui avait été soulevée dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, et les pourvois ont été entendus ensemble. Le pourvoi de Trask a été accueilli et est maintenant publié à [1985] 1 R.C.S. 655.

L'ordonnance autorisant le pourvoi de Trask prévoyait que: [TRADUCTION] «... l'adjudication de dépens à l'égard de la présente requête soit réglée à l'audition du pourvoi». L'arrêt de cette Cour, qui a accueilli le pourvoi et a rétabli l'acquiescement, n'a pas mentionné la question des dépens. Le 30 janvier 1986, une nouvelle audition limitée à la question des dépens a été ordonnée sur la requête de l'appelant aux termes de l'art. 51 des *Règles de la Cour suprême*, DORS/83-74. Le Juge en chef a énoncé la question sur laquelle la nouvelle audition a été ordonnée de la manière suivante:

La Cour doit-elle modifier l'arrêt qu'elle a rendu le 23 mai 1985 en accordant des dépens à l'appelant comme entre avocat et client?

Certains doutes existaient quant au pouvoir d'un tribunal d'adjudger des dépens contre le ministère public en matière de déclaration sommaire de culpabilité. Ces doutes ont été dissipés par l'arrêt *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568, dans lequel, après avoir passé en revue la doctrine et la jurisprudence, le juge Beetz a clairement conclu, dans un jugement unanime, que l'art. 758 et le par. 771(3) de la partie XXIV du *Code criminel* doivent être interprétés comme liant Sa Majesté et qu'ils ont pour effet de conférer à la Cour un grand pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la question des dépens.

L'appelant fait valoir trois points pour appuyer son argument selon lequel il devrait obtenir les dépens comme entre avocat et client. D'abord, on

should be recognized the general principle that costs should be allowed to all successful accused appellants in summary conviction matters. Secondly, where an infringement of a *Charter* right is found, an order for costs on a solicitor and client basis should follow. Finally, it is argued that just as the Crown is often required to pay costs when it appeals a summary conviction matter, the private party who successfully appeals should have his costs. The respondent argues that, while the Court in the exercise of its discretion in summary conviction matters has followed the practice, on occasion, of awarding party and party costs to successful appellants and, on other occasions, none at all, no *personal* party—over a period of thirty years—has been awarded costs on a solicitor and client basis. The respondent also argues that the order granting the rehearing is limited to a consideration of solicitor and client costs alone and there can be no consideration of party and party costs on this motion.

As to the first two submissions, I would say at once that to adopt these propositions would be to fetter the wide discretion which has been given in this respect in Part XXIV of the *Criminal Code*, a step which this Court should not take. It is not possible, in my view, to read any such general rule, as is contended for here, into the words of s. 758 or s. 771(3) of the *Code* or s. 49 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19. I would not give effect to these grounds.

The third argument—that this situation is similar to one in which the Crown seeks to appeal a summary conviction matter and the Court has made it a condition of granting leave that the Crown pay costs—I would also reject. The Court, from time to time, when the Crown wishes to appeal a summary conviction matter in order to settle a point of law, will require the Crown to pay the respondent's costs. This is because it is the public-at-large who are the beneficiaries of such a step and it is not considered just that one individual should be put to substantial expense when it is

devrait reconnaître comme principe général que les dépens doivent être adjugés à tous les accusés appelants qui ont gain de cause en matière de déclaration sommaire de culpabilité. Ensuite, toute conclusion qu'il y a eu violation d'un droit garanti par la *Charte* devrait entraîner une adjudication des dépens comme entre avocat et client. Enfin, on soutient que tout comme le ministère public est souvent tenu de payer les dépens lorsqu'il interjette appel en matière de déclaration sommaire de culpabilité, le particulier qui a gain de cause en appel devrait obtenir ses dépens. L'intimée soutient que, bien que la Cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de déclaration sommaire de culpabilité ait parfois accordé les dépens entre parties à des appelants qui ont eu gain de cause sans en accorder du tout en d'autres occasions, aucun *particulier*—sur une période de trente ans—n'a obtenu de dépens comme entre avocat et client. L'intimée soutient également que l'ordonnance accordant la nouvelle audition est limitée au seul examen des dépens entre avocat et client et qu'il ne peut y avoir d'examen des dépens entre parties en vertu de cette requête.

En ce qui a trait aux deux premiers arguments, je dirais immédiatement que leur adoption aurait pour effet de limiter le grand pouvoir discrétionnaire qui a été accordé à cet égard dans la partie XXIV du *Code criminel*, un pas que cette Cour ne devrait pas franchir. À mon avis, il n'est pas possible de déduire, comme on le soutient en l'espèce, une telle règle générale des termes de l'art. 758 ou du par. 771(3) du *Code* ou de l'art. 49 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19. Je suis d'avis de ne pas donner effet à ces moyens.

Je suis également d'avis de rejeter le troisième argument selon lequel cette situation est semblable à celle où le ministère public cherche à se pourvoir dans un cas de déclaration sommaire de culpabilité et où la Cour a posé comme condition de l'autorisation de pourvoi que ce dernier paye les dépens. À l'occasion, lorsque le ministère public désire se pourvoir dans un cas de déclaration sommaire de culpabilité afin de faire trancher un point de droit, la Cour exigera que ce dernier paye les dépens de l'intimé. C'est parce que le grand public sera le bénéficiaire d'une telle démarche et qu'on consi-

the Crown that seeks to effect a valid social purpose by taking the appeal. That is not the situation before us now and the same logic does not apply. There is nothing remarkable about this case, no oppressive or improper conduct is alleged against the Crown, and it was the appellant, not the Crown, who brought the matter to this Court. Furthermore, there is no parallel here with the case of *Therens*, as argued by the appellant. No order for costs was sought or made in that case. According to the record, the matter was the subject of agreement between the Attorney General for Saskatchewan and Therens and was not dealt with by this Court.

For these reasons, I would refuse the order for solicitor and client costs. While the issue of party and party costs may not in strict form have been in issue on the rehearing in this Court, I would refuse to make an order respecting party and party costs for the reasons expressed in respect of solicitor and client costs. I would, accordingly, answer the question in the negative and dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Mills & Dymond, Clarenville.*

*Solicitor for the respondent: J. Thomas Eagan, Gander.*

dère qu'il n'est pas équitable qu'un seul particulier encoure une dépense importante lorsque c'est le ministère public qui vise un objectif social valable en formant un pourvoi. Ce n'est pas la situation dont nous sommes saisis et la même logique ne s'applique pas. Cette affaire ne soulève rien d'exceptionnel et on n'allègue pas que le ministère public se soit conduit de façon oppressive ou injuste et c'est l'appelant et non le ministère public qui a porté l'affaire devant la Cour. En outre, on ne peut faire aucun parallèle avec l'arrêt *Therens*, comme le soutient l'appellant. Dans cette affaire, aucune adjudication de dépens n'a été demandée ni prononcée. Selon le dossier, la question faisait l'objet d'une entente entre le procureur général de la Saskatchewan et Therens et cette Cour ne l'a pas examinée.

d Pour ces motifs, je suis d'avis de refuser de rendre une ordonnance relative aux dépens entre avocat et client. Bien que la question des dépens entre parties n'ait pas été à strictement parler en litige dans cette nouvelle audition, je suis d'avis de refuser de rendre une ordonnance relative aux dépens entre parties pour les motifs exprimés relativement aux dépens entre avocat et client. Je suis donc d'avis de répondre par la négative à la question et de rejeter le pourvoi.

f *Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant: Mills & Dymond, Clarenville.*

*Procureur de l'intimée: J. Thomas Eagan, Gander.*

**Thomas Patrick Lyons** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario and the Attorney General of British Columbia** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. LYONS

File No.: 19125.

1987: January 28, 29; 1987: October 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Dangerous offender — Procedure for finding “dangerous offender” — Application for finding of “dangerous offender” made after guilty plea entered for threshold offences — Whether or not breach of right not to be deprived of liberty except in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Dangerous offender — Sentence of indeterminate detention — Whether or not indeterminate sentence breach of freedom from arbitrary detention — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Proceedings in criminal matter — Dangerous offender — Finding of “dangerous offender” sentencing matter to be made by judge — Dangerous offender status entailing indeterminate sentence — Whether or not breach of right to trial by jury where maximum punishment more than five years’ imprisonment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.*

**Thomas Patrick Lyons** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général de l’Ontario et le procureur général de la Colombie-Britannique** *Intervenants*

b

RÉPERTORIÉ: R. c. LYONS

N° du greffe: 19125.

c

1987: 28, 29 janvier; 1987: 15 octobre.

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

d

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Délinquant dangereux — Procédure à suivre pour obtenir qu’une personne soit déclarée «délinquant dangereux» — Demande visant à faire déclarer qu’une personne est un «délinquant dangereux» faite après l’inscription d’un plaidoyer de culpabilité relativement aux infractions en question — Y a-t-il une violation du droit à ce qu’il ne soit porté atteinte à la liberté qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Délinquant dangereux — Peine de détention pour une période indéterminée — L’imposition d’une peine d’une durée indéterminée porte-t-elle atteinte au droit à la protection contre la détention arbitraire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures en matière criminelle — Délinquant dangereux — Déclaration qu’une personne est un «délinquant dangereux» relève de la détermination de la peine et doit se faire par le juge — Imposition d’une peine d’une durée indéterminée due au statut de délinquant dangereux — Y a-t-il atteinte au droit de bénéficier d’un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue est un emprisonnement de plus de cinq ans? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Dangerous offender — Indeterminate detention on finding of "dangerous offender" — Whether or not indeterminate sentence cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.*

*Criminal law — Sentencing — Dangerous offender — Procedure for finding "dangerous offender" — Finding of "dangerous offender" entailing sentence of indeterminate detention — Application for finding of "dangerous offender" made after 16-year-old entering guilty plea — Whether or not ss. 7, 9, 11 and/or 12 of Charter breached — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 11, 12 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.*

Appellant elected trial by a judge without a jury and pleaded guilty to breaking and entering a dwelling house, using a weapon or imitation thereof in committing a sexual assault, using a firearm while committing an indictable offence, and stealing property worth in excess of \$200. These offences were alleged to have been committed approximately one month after the appellant's sixteenth birthday. The judge requested a presentence report and adjourned the matter of sentence.

Defence counsel was first informed of the fact that the Crown might bring a dangerous offender application under Part XXI of the *Code* just before the sentence hearing. The hearing was adjourned to allow the Crown to consider the matter and an application was later made. The trial judge, at the subsequent sentence hearing, found appellant to be a dangerous offender and sentenced him to a period of indeterminate detention. The Court of Appeal upheld that decision.

This Court considered two constitutional questions: (1) whether or not the provisions of Part XXI of the *Criminal Code*, in whole or in part, infringe or deny the rights guaranteed by ss. 7, 9, 11 and/or 12 of the *Charter*, and if so, (2) whether or not Part XXI, in whole or in part, is justified under s. 1 of the *Charter*.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Délinquant dangereux — Imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée lorsqu'une personne est déclarée «délinquant dangereux» — La détention pour une période indéterminée constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.*

*Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquant dangereux — Procédure à suivre pour obtenir qu'une personne soit déclarée «délinquant dangereux» — Imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée suite à une déclaration qu'une personne est un «délinquant dangereux» — Demande visant à faire déclarer qu'une personne âgée de 16 ans est un «délinquant dangereux» présentée après qu'elle eut inscrit un plaidoyer de culpabilité — Y a-t-il eu violation des art. 7, 9, 11 et 12 de la Charte ou de l'un ou l'autre de ces articles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 11, 12 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.*

L'appelant a choisi d'être jugé par un juge sans jury et a plaidé coupable aux accusations de s'être introduit par effraction dans une maison d'habitation, d'avoir utilisé une arme ou une imitation d'arme en commettant une agression sexuelle, d'avoir utilisé une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel et d'avoir volé des biens dont la valeur dépassait 200 \$. Ces infractions auraient été commises environ un mois après le seizième anniversaire de naissance de l'appelant. Le juge a demandé le dépôt d'un rapport présentenciel et a renvoyé à plus tard le prononcé de la sentence.

C'est juste avant l'audience relative à la sentence que l'avocat de la défense a été informé pour la première fois de la possibilité que le ministère public présente en vertu de la partie XXI du *Code* une demande visant à faire déclarer que l'appelant était un délinquant dangereux. L'audience a été ajournée pour permettre au ministère public d'étudier la question et, par la suite, une demande a été présentée. Lors de l'audience relative à la sentence, tenue ultérieurement, le juge du procès a conclu que l'appelant était un délinquant dangereux et l'a condamné à une peine de détention pour une période indéterminée. Sa décision a été confirmée par la Cour d'appel.

Cette Cour a examiné deux questions constitutionnelles: (1) Les dispositions de la partie XXI du *Code criminel* portent-elles atteinte en totalité ou en partie aux droits garantis par les art. 7, 9, 11 et 12 de la *Charte*, ou par l'un ou l'autre de ces articles? Et dans l'affirmative (2) la partie XXI est-elle justifiée, en totalité ou en partie, compte tenu de l'article premier de la *Charte*?



The appellant also argued that his rights under s. 7 of the *Charter* were violated by the Crown's failure to give him notice, before his election of a mode of trial and the entry of his plea, that it intended to bring, or contemplated bringing, a "dangerous offender" application.

*Held* (Lamer and Wilson JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ.: Part XXI does not violate the principles of fundamental justice. It does not authorize a sentence for crimes for which an accused is not being tried. The sentence of indeterminate detention that can be imposed under s. 688 is "in lieu of any other sentence that might be imposed for the offence for which the offender has been convicted". The individual, on a finding of guilty, is being sentenced for the "serious personal injury offence" for which he was convicted, albeit in a different way than would ordinarily be done. He is not being punished for what he might do. The punishment flows from the actual commission of a specific offence.

Part XXI does not deprive a person of his liberty in contravention of the principles of fundamental justice and thereby violate s. 7 of the *Charter*. Fundamental justice has not been infringed by Parliament's identifying those offenders who, in the interests of protecting the public, ought to be sentenced according to considerations not entirely based on a "just deserts" rationale. Such a sentence serves both a punitive and preventative role and its purpose, the protection of society, underlies the criminal law in general and sentencing in particular. The respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary in a rational system of sentencing according to the crime and the circumstances of the offender. Part XXI merely enables the court to accommodate its sentence to the common sense reality that the present condition of the offender is such that he or she is not inhibited by normal standards of behavioural restraint so that future violent acts can quite confidently be expected of that person.

In determining whether Part XXI violates fundamental justice the effects of the legislation must also be subjected to scrutiny. However, whether the "treatment meted out" to the offender and how the means of accomplishing it violate constitutional precepts are better discussed under ss. 9 and 12 of the *Charter*

L'appelant a soutenu également que la poursuite a porté atteinte aux droits que lui reconnaît l'art. 7 de la *Charte*, en omettant de le prévenir, avant son choix du mode de procès et avant l'inscription de son plaidoyer, qu'elle avait l'intention ou qu'elle envisageait de présenter une demande visant à le faire déclarer «délinquant dangereux».

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

Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Le Dain et La Forest: La partie XXI ne viole pas les principes de justice fondamentale. Elle ne permet pas de condamner un accusé pour des crimes pour lesquels il n'est pas jugé. La peine de détention pour une période indéterminée qui peut être imposée à un délinquant en vertu de l'art. 688 lui est infligée «au lieu de toute autre peine qui pourrait être infligée pour l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable». Du moment qu'il est reconnu coupable, l'individu en question se voit condamné, quoique d'une manière inhabituelle, pour les «séances graves à la personne» dont il a été reconnu coupable. Il n'est pas puni pour ce qu'il pourrait faire. La peine découle de la perpétration d'un crime précis.

La partie XXI ne prive pas une personne de sa liberté contrairement aux principes de justice fondamentale et ne viole donc pas l'art. 7 de la *Charte*. Ne constitue pas un manquement à la justice fondamentale le fait que le législateur identifie les délinquants dont la peine devrait, dans l'intérêt de la protection du public, être établie en fonction de facteurs qui ne sont pas entièrement fondés sur le principe du «châtiment mérité». Une telle peine remplit une fonction à la fois punitive et préventive et son objet, savoir la protection de la société, sous-tend le droit criminel en général et la détermination des peines en particulier. Dans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtiment et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant. La partie XXI ne fait que permettre à la cour d'adapter la peine à la réalité bien évidente que la situation actuelle du délinquant est telle que sa conduite n'est pas soumise aux contraintes normales, de sorte qu'on peut s'attendre avec un grand degré de certitude que cette personne commette des actes de violence dans l'avenir.

En déterminant si la partie XXI viole la justice fondamentale, il faut également examiner les effets des dispositions législatives en cause. Toutefois, la question de savoir si le «traitement accordé» au délinquant et la manière dont on l'administre vont à l'encontre de certains préceptes constitutionnels, est une question qu'il

because of their focus on specific aspects of the principles of fundamental justice.

An indeterminate sentence under Part XXI does not amount to cruel and unusual punishment in violation of s. 12 of the *Charter*. The legislative objectives of Part XXI are of sufficient importance to warrant limiting the rights and freedoms of dangerous offenders and the legislative classification of the target group of offenders meets the highest standard of rationality and proportionality that society can reasonably expect of Parliament. Preventive detention is not cruel and unusual treatment in the case of dangerous offenders, for the group to whom the legislation applies has been functionally defined so as to ensure that persons within the group evince the characteristics that render such detention necessary.

Since, however, an enlightened inquiry under s. 12 must concern itself, first and foremost, with the way in which the effects of punishment are likely to be experienced, the parole process assumes great significance in assessing the constitutionality of a Part XXI sentence, for the availability of parole can truly accommodate and tailor the sentence to fit each offender's circumstances. If the sentence imposed under Part XXI were indeterminate, *simpliciter*, it would on occasion certainly result in sentences grossly disproportionate and hence violate s. 12. It is not necessary, however, for the parole process to be restricted to considering matters solely concerned with the prisoner's "dangerousness" for that would result in a lesser requirement for the dangerous offender than for other convicts.

The imprisonment resulting from the successful invocation of Part XXI cannot be considered arbitrary detention under s. 9 of the *Charter*. The incarceration is statutorily authorized, and applies only to a narrowly defined class of dangerous offenders so identified in accordance with specific conditions. Moreover, the criteria in Part XXI are anything but arbitrary in relation to the objectives sought to be attained.

The lack of uniformity in the treatment of dangerous persons that arises by virtue of the prosecutorial discretion to make an application under Part XXI does not constitute unconstitutional arbitrariness. On the con-

vient mieux d'examiner dans le contexte des art. 9 et 12 de la *Charte* étant donné que ces dispositions portent sur des aspects précis des principes de justice fondamentale.

*a* La détention pour une période indéterminée, imposée en vertu de la partie XXI ne constitue pas une peine cruelle et inusitée contraire à l'art. 12 de la *Charte*. Les objets législatifs de la partie XXI sont suffisamment importants pour justifier la restriction des droits et libertés des délinquants dangereux et la classification législative du groupe cible de délinquants satisfait à la norme de rationalité et de proportionnalité la plus élevée à laquelle la société peut raisonnablement s'attendre de la part du législateur. La détention préventive ne constitue pas un traitement cruel et inusité dans le cas des délinquants dangereux, car le groupe auquel les dispositions législatives s'appliquent a été spécifiquement défini de manière à assurer que les personnes comprises dans ce groupe manifestent les caractéristiques qui rendent nécessaire cette détention.

*d* Toutefois, puisqu'une enquête éclairée menée en vertu de l'art. 12 doit porter d'abord et avant tout sur la façon dont se feront probablement sentir les effets du châtiement, le processus de libération conditionnelle revêt une grande importance pour ce qui est d'apprécier la constitutionnalité d'une peine imposée en vertu de la partie XXI, car la possibilité d'accorder la libération conditionnelle permet vraiment d'adapter la peine à la situation de chaque délinquant. Si la peine imposée sous le régime de la partie XXI était pour une période indéterminée, purement et simplement, il en résulterait certainement à l'occasion des peines exagérément disproportionnées et elle contreviendrait ainsi à l'art. 12. Toutefois, il n'est pas nécessaire que le processus de la libération conditionnelle soit limité à une étude de questions touchant uniquement la «dangerosité» du détenu, car ce serait là poser dans le cas du délinquant dangereux une exigence moins lourde que celle imposée dans le cas d'autres détenus.

*h* L'emprisonnement qui s'ensuit lorsqu'une demande fondée sur la partie XXI est accueillie ne peut être considéré comme une détention arbitraire au sens de l'art. 9 de la *Charte*. L'incarcération est autorisée par la loi et ne s'applique qu'à une catégorie restreinte de délinquants dangereux désignés comme tels conformément à certaines conditions précises. De surcroît, les critères énoncés à la partie XXI sont loin d'être arbitraires compte tenu des objectifs visés.

*j* Le manque d'uniformité dans le traitement réservé aux personnes dangereuses, qui résulte du pouvoir discrétionnaire qu'a la poursuite de faire une demande fondée sur la partie XXI, ne présente pas un caractère

trary, an absence of such discretion would in many cases render arbitrary the law's application, for the Crown would be required to proceed under Part XXI on the barest *prima facie* case.

Section 11(f) of the *Charter* does not require that a Crown application under Part XXI to declare the offender a dangerous offender be determined at a trial by jury. Such an application does not fall within the scope of s. 11(f) of the *Charter* for it is not equivalent to "charging" the offender with "an offence". The process designating an offender dangerous is simply part of the sentencing process.

Nor does s. 7 of the *Charter* mandate a jury determination of the issue. Section 7 guarantees an accused a fair hearing but not the most favourable procedures imaginable. The procedure at a Part XXI application is not unfair if it denies an offender the right to a jury's determination of his or her dangerousness. While the requirements of fundamental justice, at a minimum, embrace the requirements of procedural fairness, these vary according to the context in which they are invoked. Certain procedural protections, therefore, might be constitutionally mandated in one context but not in another.

A jury determination is not mandated here. The offender has already been found guilty of an offence in a trial where he had the option of invoking his right to a jury. The subsequent procedure does not affect his liberty to the same extent as the initial determination of guilt or innocence. The legal classification of the proceeding as part of the sentencing process does not necessarily determine the scope of the procedural protection. It is not insignificant, however, that the judge at such a hearing retains a discretion to impose the designation or indeterminate sentence, or both. It is noteworthy, too, that Part XXI provides considerable procedural protection to the offender.

A "likelihood" of specified future conduct occurring is the finding of fact required to be established, not that it will occur. An individual can be found to constitute a threat to society without requiring an ability to predict the future. It is not illogical for a court to assert that it

arbitraire inconstitutionnel. Au contraire, c'est l'absence d'un tel pouvoir discrétionnaire qui, bien souvent, rendrait arbitraire l'application de la loi, étant donné que le ministère public se verrait dans l'obligation de procéder en vertu de la partie XXI dès lors qu'il y avait une preuve, si faible fût-elle, suffisante à première vue.

L'alinéa 11f) de la *Charte* n'exige pas qu'une demande présentée par le ministère public, en vertu de la partie XXI, en vue de faire déclarer un délinquant dangereux soit tranchée par un jury au procès. Une telle demande ne relève pas de l'al. 11f) parce que cela ne revient pas à «inculper» ce délinquant d'une infraction». La procédure par laquelle un délinquant est qualifié de dangereux fait simplement partie du processus de détermination de la peine.

L'article 7 de la *Charte* n'exige pas non plus que ce soit un jury qui tranche la question. L'article 7 garantit à l'accusé le droit à un procès équitable, mais il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus avantageuses que l'on puisse imaginer. La procédure suivie dans le cas d'une demande fondée sur la partie XXI n'est pas inéquitable dans la mesure où elle ne garantit pas à un délinquant le droit à ce que ce soit un jury qui détermine s'il est dangereux. Même si les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l'équité en matière de procédure, elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Par conséquent, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

En l'espèce, rien n'exige une décision par un jury. Le délinquant a déjà été reconnu coupable d'une infraction à l'issue d'un procès dans le cadre duquel il aurait pu choisir d'invoquer son droit à un jury. La procédure subséquente est moins lourde de conséquences pour sa liberté que ne l'est la détermination initiale de culpabilité ou d'innocence. La classification juridique de ces procédures comme composante du processus de détermination de la peine ne détermine pas nécessairement l'étendue de la protection sur le plan de la procédure. Il n'est toutefois pas sans importance que le juge qui préside une telle audience conserve un pouvoir discrétionnaire de qualifier le délinquant de dangereux ou de lui imposer une peine d'une durée indéterminée, ou les deux à la fois. Il vaut également la peine de souligner que la partie XXI offre au délinquant une protection non négligeable sur le plan de la procédure.

La «probabilité» qu'une certaine conduite se manifeste dans l'avenir est précisément le fait qui doit être établi, et non qu'elle se produira. On peut conclure qu'une personne constitue un danger pour la société sans pour autant exiger la capacité de prévoir l'avenir. Il n'est pas

is satisfied beyond a reasonable doubt that the test of dangerousness has been met, that there exists a certain potential for harm. Appellant, in asserting that proof of a likelihood beyond a reasonable doubt still amounts merely to proof of a likelihood, is challenging not the standard of proof but the fact that certain persons found to be "dangerous" will, in fact, act dangerously.

The psychiatric evidence is admissible. Judges at Part XXI hearings do not assume that psychiatrists can accurately predict the future; however, psychiatric evidence is clearly relevant to the issue whether a person is likely to behave in a certain way and, indeed, is probably relatively superior in this regard to the evidence of other clinicians and lay persons.

*Per Lamer J.* (dissenting in part): A person against whom a Part XXI application is brought is one "charged with an offence" under s. 11 of the *Charter* and entitled to that section's particular guarantees. A person is "charged with an offence" under s. 11 when a formal allegation is made against him which, if true, would give a judge jurisdiction to impose a criminal or penal sanction. Section 11(f) guarantees anyone in jeopardy of being sentenced to imprisonment for five years or more as a result of a determination of guilt the right to have that determination made by a jury. To say that an application under Part XXI is not a charge of an offence violates the spirit of the *Charter* and leaves without that protection those put in one of the most serious jeopardies the law has created.

Part XXI is very different from sentencing provisions. A conviction gives the judge jurisdiction to impose a determinate sentence as set out in the provision creating the offence. It is the finding of dangerousness, however, and not the conviction for the personal injury offence, that gives the judge jurisdiction to impose an indeterminate sentence. It is thus a separate offence.

The offender against whom an application under Part XXI is brought has the right to be presumed not dangerous until the Crown proves otherwise beyond a reasonable doubt and he is entitled to the guarantees set out in s. 11, including the benefit of a jury's determination of dangerousness. Section 689(2) of the *Code*, in that it provides that a Part XXI application shall be heard and determined by the court without a jury, clearly restricts this right and must be declared inoperative.

du tout illogique qu'un tribunal affirme sa conviction hors de tout doute raisonnable qu'on a satisfait au critère de la dangerosité et qu'il existe une certaine possibilité de préjudice. Lorsque l'appelant soutient que la preuve d'une probabilité hors de tout doute raisonnable ne constitue tout de même qu'une simple preuve d'une probabilité, il met en doute non pas la norme de preuve, mais le fait que certaines personnes jugées «dangereuses» le seront en réalité.

La preuve psychiatrique est admissible. Un juge qui préside une audience tenue en vertu de la partie XXI ne présume pas que les psychiatres peuvent prédire exactement l'avenir; il reste néanmoins que la preuve psychiatrique se rapporte clairement à la question de savoir s'il est vraisemblable qu'une personne se comportera d'une certaine manière et cette preuve est même probablement relativement supérieure à cet égard aux témoignages d'autres cliniciens et de profanes.

*Le juge Lamer* (dissident en partie): Une personne visée par une demande fondée sur la partie XXI est un «inculpé» au sens de l'art. 11 de la *Charte* et a le droit de bénéficier des garanties particulières de cet article. Une personne est un «inculpé» au sens de l'art. 11 lorsqu'elle fait l'objet d'une allégation formelle qui, si elle est véridique, donnera à un juge compétence pour imposer une sanction criminelle ou pénale. L'alinéa 11f) garantit à quiconque risque de se voir imposer une peine d'emprisonnement d'au moins cinq ans par suite d'un verdict de culpabilité, le droit à ce que ce verdict soit rendu par un jury. Affirmer qu'une demande fondée sur la partie XXI ne constitue pas une inculpation va à l'encontre de l'esprit de la *Charte* et prive de cette protection les personnes exposées à l'un des plus graves périls qu'ait créé notre droit.

La partie XXI est fort différente des dispositions en matière de sentence. Une déclaration de culpabilité autorise le juge à imposer la peine d'une durée déterminée prévue par la disposition créant l'infraction. C'est toutefois de la conclusion à la dangerosité et non pas de la déclaration de culpabilité de sévices à la personne que découle la compétence du juge pour imposer une peine d'une durée indéterminée. Il s'agit donc d'une infraction distincte.

Le délinquant visé par une demande fondée sur la partie XXI jouit du droit d'être présumé non dangereux jusqu'à ce que le ministère public ait prouvé le contraire hors de tout doute raisonnable et il a le droit de bénéficier des garanties énoncées à l'art. 11, y compris le droit à ce que ce soit un jury qui détermine s'il est dangereux. Le paragraphe 689(2) du *Code*, dans la mesure où il dispose qu'une demande faite en vertu de la partie XXI doit être entendue et décidée par la cour en l'absence du jury, apporte manifestement une restriction à ce droit et doit être déclaré inopérant.

The section could not be saved by s. 1 of the *Charter*, because no attempt was made to justify the failure to provide a jury under Part XXI.

*Per* Wilson J. (dissenting in part): It is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* that an accused know the full extent of his jeopardy before pleading guilty to a criminal offence for which a term of imprisonment may be imposed. An accused, in deciding whether to plead guilty or not guilty, is foremost concerned with the worst that can happen if convicted. The accused is entitled to the protection of s. 7 if he probably would not have pleaded guilty, had he known at the time of his plea that the Crown would be seeking an order of preventive indeterminate detention. Knowledge of such an order cannot be attributed by virtue of the presence of Part XXI in the *Code*.

Appellant can either challenge his conviction or challenge the order under Part XXI without attacking his conviction. An accused need not attack his conviction for the court to be able to grant him a s. 24(1) remedy in relation to the order of preventive detention.

The reasons and conclusions of La Forest J. were adopted with respect to ss. 9 and 12 of the *Charter*.

#### Cases Cited

By La Forest J.

**Considered:** *Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 373; *Specht v. Patterson*, 386 U.S. 605 (1967); *U.S. v. Maroney*, 355 F.2d 302 (1966); **referred to:** *Hatchwell v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 39; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Hill* (1974), 15 C.C.C. (2d) 145; *R. v. Kempton* (1980), 53 C.C.C. (2d) 176; *R. v. Crosby* (1982), 1 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Hodgson* (1967), 52 Cr. App. R. 113; *U.S. v. Davis*, 710 F.2d 104 (3rd Cir. 1983); *U.S. v. Stewart*, 531 F.2d 326 (6th Cir. 1975), *certiorari* denied 426 U.S. 922; *U.S. v. Neary*, 552 F.2d 1184 (7th Cir. 1977), *certiorari* denied 434 U.S. 864; *U.S. v. Cox*, 719 F.2d 285 (8th Cir. 1983), *certiorari* denied 466 U.S. 929; *Spencer v. Texas*, 385 U.S. 552 (1967); *Rummel v.*

La disposition ne saurait être sauvegardée par l'article premier de la *Charte* car aucune tentative n'a été faite de justifier l'omission à la partie XXI de prescrire la présence d'un jury.

*Le* juge Wilson (dissidente en partie): Un des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte* exige qu'un accusé connaisse toute l'ampleur du péril auquel il est exposé avant de plaider coupable à une accusation d'infraction criminelle pouvant entraîner une peine d'emprisonnement. En décidant de l'opportunité de plaider coupable ou non coupable, l'accusé est préoccupé surtout par ce qui peut lui arriver de pire s'il est déclaré coupable. L'accusé a droit à la protection offerte par l'art. 7 dans l'hypothèse où il n'aurait probablement pas plaidé coupable s'il avait su, au moment de son plaidoyer, que le ministère public allait demander une ordonnance de détention préventive pour une période indéterminée. La simple présence de la partie XXI dans le *Code* ne permet pas d'imputer à l'accusé la connaissance qu'il courait le risque d'être l'objet d'une telle ordonnance.

L'appelant peut soit contester la déclaration de culpabilité, soit attaquer l'ordonnance rendue en vertu de la partie XXI sans contester la déclaration de culpabilité. Il n'est pas nécessaire qu'un accusé conteste sa déclaration de culpabilité pour que la cour puisse lui accorder relativement à l'ordonnance de détention préventive une réparation en vertu du par. 24(1).

En ce qui concerne les art. 9 et 12 de la *Charte*, les motifs et les conclusions du juge La Forest ont été adoptés.

#### Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

**Arrêts examinés:** *Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 373; *Specht v. Patterson*, 386 U.S. 605 (1967); *U.S. v. Maroney*, 355 F.2d 302 (1966); **arrêts mentionnés:** *Hatchwell c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 39; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. v. Hill* (1974), 15 C.C.C. (2d) 145; *R. v. Kempton* (1980), 53 C.C.C. (2d) 176; *R. v. Crosby* (1982), 1 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Hodgson* (1967), 52 Cr. App. R. 113; *U.S. v. Davis*, 710 F.2d 104 (3rd Cir. 1983); *U.S. v. Stewart*, 531 F.2d 326 (6th Cir. 1975), *certiorari* refusé 426 U.S. 922; *U.S. v. Neary*, 552 F.2d 1184 (7th Cir. 1977), *certiorari* refusé 434 U.S. 864; *U.S. v. Cox*, 719 F.2d 285 (8th Cir. 1983), *certiorari* refusé 466 U.S. 929; *Spencer v. Texas*, 385 U.S. 552

*Estelle*, 445 U.S. 263 (1980); *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983); *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *Ex Parte Matticks* (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 n, sub nom. *Pearson v. Lecorre*, [1973] S.C.R. vi; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Konechny* (1983), 38 C.R. (3d) 69; *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225; *R. v. Hunter*, [1921] 1 K.B. 555; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968); *U.S. v. Inendino*, 463 F.Supp. 252 (1978 N. D. Ill.), aff'd 604 F.2d 458 (7th Cir. 1979), certiorari denied, 444 U.S. 932 (1979); *U.S. v. Schell*, 692 F.2d 672 (1982); *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343; *People v. Henderson*, 107 Cal.App.3d 475 (1980); *People v. Murtishaw*, 175 Cal.Rptr. 738 (1981); *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448 (1982); *R. v. Vandale* (1984), 13 W.C.B. 173; *Lamoureux v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 369; *Antoine v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 375.

By Lamer J. (dissenting in part)

*Brusch v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 373; *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14; *R. v. Simon (No. 2)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 478; *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *R. v. Jackson* (1981), 61 C.C.C. (2d) 540; *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

*Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(b).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 9, 11, 11(d), (e), (f), 12, 24(1).  
*Criminal Code Amendment Act*, S.C. 1947, c. 55, s. 18.  
*Criminal Code Amendment Act*, S.C. 1948, c. 39, s. 43.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI, ss. 83(1)(a), 246.2(a), 294(a), 306(1)(b), 687, 688(a), (b), 689(1)(a), (b), 689(2), 690, 690(2), (3), 691, 692, 694(1), 695.1(1), (2).  
*Criminal Justice Act 1967*, 1967, c. 80 (U.K.)  
*Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5(2).  
*Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2, s. 10(1)(a).  
*Prevention of Crime Act, 1908*, 8 Edw. 7, c. 59, ss. 10-16 (U.K.)  
*United States Code*, Title 18, s. 3575 (repealed, effective November 1, 1986, s. 235 Pub.L. 98-473).  
*United States of America Constitution*, Sixth Amendment, Fourteenth Amendment.

(1967); *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980); *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983); *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *Ex Parte Matticks* (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 n, sub nom. *Pearson c. Lecorre*, [1973] R.C.S. vi; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. v. Konechny* (1983), 38 C.R. (3d) 69; *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225; *R. v. Hunter*, [1921] 1 K.B. 555; *Wilband v. The Queen*, [1967] R.C.S. 14; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968); *U.S. v. Inendino*, 463 F.Supp. 252 (1978 N. D. Ill.), conf. 604 F.2d 458 (7th Cir. 1979), certiorari refusé, 444 U.S. 932 (1979); *U.S. v. Schell*, 692 F.2d 672 (1982); *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343; *People v. Henderson*, 107 Cal.App.3d 475 (1980); *People v. Murtishaw*, 175 Cal.Rptr. 738 (1981); *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448 (1982); *R. v. Vandale* (1984), 13 W.C.B. 173; *Lamoureux v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 369; *Antoine v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 375.

<sup>d</sup> Citée par le juge Lamer (dissident en partie)

*Brusch v. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 373; *Wilband v. The Queen*, [1967] R.C.S. 14; *R. v. Simon (No. 2)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 478; *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *R. v. Jackson* (1981), 61 C.C.C. (2d) 540; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

#### <sup>f</sup> Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 9, 11, 11(d), (e), (f), 12, 24(1).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI, art. 83(1)(a), 246.2(a), 294(a), 306(1)(b), 687, 688(a), (b), 689(1)(a), (b), 689(2), 690, 690(2), (3), 691, 692, 694(1), 695.1(1), (2).  
*Constitution des États-Unis d'Amérique*, Sixième amendement, Quatorzième amendement.  
*Criminal Justice Act 1967*, 1967, chap. 80 (R.-U.)  
<sup>h</sup> *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, art. 2(b).  
*Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1947, chap. 55, art. 18.  
*Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1948, chap. 39, art. 43.  
*Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, chap. P-2, art. 10(1)(a).  
*Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 5(2).  
*Prevention of Crime Act, 1908*, 8 Edw. 7, chap. 59, art. 10 à 16 (R.-U.)  
<sup>j</sup> *United States Code*, titre 18, art. 3575 (abrogé à partir du 1<sup>er</sup> novembre 1986, art. 235 Pub.L. 98-473).

## Authors Cited

- Canada. Committee on Corrections. *Report of the Canadian Committee on Corrections: Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. (Ouimet Report). Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper No. 15. *Criminal Procedure—Control of the Process*. Ottawa: Law Reform Commission, 1975.
- Canada. Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada. *Report of the Royal Commission to Investigate the Penal System of Canada*. (Archambault Commission). Ottawa: King's Printer, 1938.
- Floud, Jean and Warren Young. *Dangerousness and Criminal Justice*. London: Heinemann, 1981.
- Fox, Sir Leonard Wray. *The Modern English Prison*. London: G. Routledge & Sons, 1934.
- Grant, Isabel. "Dangerous Offenders" (1985), 9 *Dal. L.J.* 347.
- Menzies, Robert J., Christopher D. Webster and Diana S. Sepejak. "The Dimensions of Dangerousness" (1985), 9 *Law and Human Behaviour* 1:49.
- Morris, Norval. "The Habitual Criminal" (1967), 13 *McGill L.J.* 534.
- Thomas, D. A. *Principles of Sentencing*, 2nd ed. London: Heinemann, 1979.
- United Kingdom. Committee on Mentally Abnormal Offenders. *Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders*. (Butler Commission). Cmnd. 6244. London: H.M.S.O., 1975.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1984), 15 C.C.C. (3d) 129, 65 N.S.R. (2d) 29, 147 A.P.R. 29, dismissing an appeal from sentence pronounced by O Hearn Co. Ct. J. (1984), 62 N.S.R. (2d) 383, 136 A.P.R. 383. Appeal dismissed, Lamer and Wilson JJ. dissenting in part.

*Duncan R. Beveridge and Barbara Beach*, for the appellant.

*Dana Giovannetti and Robert E. Lutes*, for the respondent.

*Ivan Whitehall, Q.C.*, and *James Bissell*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Ian MacDonnell*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Joseph Arvay*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

## Doctrine citée

- Canada. Comité de la réforme pénale. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle: Justice pénale: un lien à forger*. (Rapport Ouimet). Ottawa: Imprimerie de la Reine, 1969.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail n° 15. *Procédure pénale—les poursuites pénales: responsabilité politique ou judiciaire*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1975.
- Canada. Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada*. (Commission Archambault). Ottawa: Imprimerie du Roi, 1938.
- Floud, Jean and Warren Young. *Dangerousness and Criminal Justice*. London: Heinemann, 1981.
- Fox, Sir Leonard Wray. *The Modern English Prison*. London: G. Routledge & Sons, 1934.
- Grant, Isabel. «Dangerous Offenders» (1985), 9 *Dal. L.J.* 347.
- Menzies, Robert J., Christopher D. Webster and Diana S. Sepejak. «The Dimensions of Dangerousness» (1985), 9 *Law and Human Behaviour* 1:49.
- Morris, Norval. «The Habitual Criminal» (1967), 13 *McGill L.J.* 534.
- Thomas, D. A. *Principles of Sentencing*, 2nd ed. London: Heinemann, 1979.
- United Kingdom. Committee on Mentally Abnormal Offenders. *Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders*. (Butler Commission). Cmnd. 6244. London: H.M.S.O., 1975.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1984), 15 C.C.C. (3d) 129, 65 N.S.R. (2d) 29, 147 A.P.R. 29, qui a rejeté un appel de la sentence prononcée par le juge O Hearn de la Cour de comté (1984), 62 N.S.R. (2d) 383, 136 A.P.R. 383. Pourvoi rejeté, les juges Lamer et Wilson sont dissidents en partie.

*Duncan R. Beveridge et Barbara Beach*, pour l'appellant.

*Dana Giovannetti et Robert E. Lutes*, pour l'intimée.

*Ivan Whitehall, c.r.*, et *James Bissell*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Ian MacDonnell*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Joseph Arvay*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

The judgment of Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Le Dain and La Forest J.J. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Estey, McIntyre, Le Dain et La Forest rendu par

LA FOREST J.—The broad issues raised in this appeal are whether the dangerous offenders provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI, ss. 687-695, contravene the rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to “liberty” and “not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice” (s. 7), “not to be arbitrarily detained or imprisoned” (s. 9), “to the benefit of trial by jury” (s. 11), and “not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment” (s. 12), and if so whether they can be justified under s. 1 of the *Charter* as being “such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”.

a LE JUGE LA FOREST—Les questions générales soulevées en l'espèce sont de savoir si les dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI, art. 687 à 695, relatives aux délinquants dangereux violent certains droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, savoir le droit à la «liberté», auquel «il ne peut être porté atteinte [ . . . ] qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale» (art. 7), le droit «à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires» (art. 9), le droit «de bénéficier d'un procès avec jury» (art. 11), et le droit «à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités» (art. 12) et, dans l'affirmative, si ces dispositions peuvent se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que restrictions apportées «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».

#### Facts and Procedural History

On September 23, 1983, the appellant, Thomas Patrick Lyons, was arraigned on an information containing four charges: unlawfully breaking and entering a dwelling house contrary to s. 306(1)(b) of the *Criminal Code*; unlawfully using a weapon or imitation thereof in committing a sexual assault, contrary to s. 246.2(a) of the *Code*; unlawfully using a firearm while committing an indictable offence, contrary to s. 83(1)(a) of the *Code*; and unlawfully stealing property of a total value exceeding \$200, contrary to s. 294(a) of the *Code*. These offences were alleged to have been committed approximately one month after the appellant's sixteenth birthday.

#### Historique des faits et des procédures

Le 23 septembre 1983, l'appellant, Thomas Patrick Lyons, a été traduit en justice pour répondre à quatre accusations portées dans une dénonciation. On l'inculpait de s'être introduit par effraction dans une maison d'habitation, contrairement à l'al. 306(1)(b) du *Code criminel*; d'avoir utilisé une arme ou une imitation d'arme en commettant une agression sexuelle, contrairement à l'al. 246.2a) du *Code*; d'avoir utilisé une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel, contrairement à l'al. 83(1)a) du *Code*; et d'avoir volé des biens dont la valeur totale dépassait 200 \$, contrairement à l'al. 294a) du *Code*. Ces infractions auraient été commises environ un mois après le seizième anniversaire de naissance de l'appellant.

The appellant elected trial by a judge without a jury on all four charges and waived his right to a preliminary inquiry. He subsequently entered pleas of guilty to all counts in the indictment. O Hearn Co. Ct. J. of the County Court Judge's Criminal Court for District No. 1, Nova Scotia, requested a

L'appellant a choisi d'être jugé par un juge sans jury relativement aux quatre accusations et a renoncé à son droit à une enquête préliminaire. Il a par la suite plaidé coupable à chacun des chefs énoncés dans l'acte d'accusation. Le juge O Hearn de la Cour de comté (juridiction criminelle) du



pre-sentence report and adjourned the matter of sentence.

Just before the sentence hearing on November 4, 1983, defence counsel was informed, for the first time, that the Crown might bring a dangerous offender application under Part XXI of the *Code*. At the commencement of the hearing, the Crown requested and was granted an adjournment to permit it to consider bringing such an application. The application was subsequently made. On November 8, 1983, consent to the application was obtained from the Deputy Attorney General of Nova Scotia, as required by s. 689(1)(a) of the *Code*.

At the commencement of the hearing of the application on December 14, 1983, an agreed upon statement of facts was read into the record. Evidence, including expert psychiatric testimony, was tendered on behalf of both the Crown and the appellant.

Though O Hearn Co. Ct. J. had at the outset warned the Crown attorney that he would have an "uphill fight" owing to the age of the appellant, the judge in the end found, on the basis of medical and other evidence presented to him, that it had been established beyond a reasonable doubt that the appellant qualified as a dangerous offender under the provisions of the *Code*. In his view, it had been shown that the appellant had a "sociopathic personality" and had so little conscience that it did not govern his actions. He concluded that it could be said with "a high degree of confidence" that it was "very likely" that the appellant would constitute a danger to the psychological or physical health and lives of others owing to "his in-built, perhaps congenital indifference to the consequences to others, his lack of affect, his lack of feeling for others". He belonged, the judge stated, to a class of people who, though mentally able to understand the law and to conform their conduct to its dictates, are so irresponsive to the law that they must be dealt with by extraordinary measures.

district n° 1 de la Nouvelle-Écosse a demandé que soit déposé un rapport présentenciel et a renvoyé à plus tard le prononcé de la sentence.

<sup>a</sup> Juste avant l'audience relative à la sentence, le 4 novembre 1983, l'avocat de la défense a été informé pour la première fois que le ministère public pourrait présenter en vertu de la partie XXI du *Code* une demande visant à faire déclarer que <sup>b</sup> l'appelant était un délinquant dangereux. Au début de l'audience, le ministère public a sollicité et s'est vu accorder un ajournement afin d'envisager la possibilité de présenter une telle demande. Par la suite, la demande a été présentée. Le 8 <sup>c</sup> novembre 1983, on a obtenu, conformément à l'exigence posée par l'al. 689(1)a) du *Code*, le consentement du sous-procureur général de la Nouvelle-Écosse à cette demande.

<sup>d</sup> Le 14 décembre 1983, à l'ouverture de l'audience relative à la demande, un exposé conjoint des faits a été versé au dossier. Le ministère public et l'appelant ont tous les deux produit des éléments de preuve, y compris des témoignages de <sup>e</sup> psychiatres.

Quoique le juge O Hearn ait dès le départ prévenu l'avocat de la poursuite qu'il aurait [TRA- <sup>f</sup>DUCTION] «fort à faire» en raison de l'âge de l'appelant, il a fini par conclure, en se fondant sur les éléments de preuve médicale et autres qui lui avaient été soumis, qu'on avait établi hors de tout doute raisonnable que l'appelant était un délin- <sup>g</sup> quant dangereux au sens où l'entendent les dispositions pertinentes du *Code*. À son avis, il avait été démontré que l'appelant avait une [TRADUCTION] «personnalité sociopathique» et que sa conscience était si peu développée qu'elle ne régissait pas ses <sup>h</sup> actes. Selon le juge O Hearn, on pouvait affirmer avec [TRADUCTION] «un haut degré de certitude» qu'il était [TRADUCTION] «fort probable» que l'appelant représenterait un danger pour la santé psychologique ou physique et pour la vie d'autrui à <sup>i</sup> cause de [TRADUCTION] «son indifférence foncière, peut-être congénitale, quant aux conséquences de ses actes pour autrui, de son manque d'affectivité, de son insensibilité envers ses <sup>j</sup> semblables». Il appartenait, a dit le juge, à une catégorie de personnes qui, bien que possédant la capacité mentale de comprendre la loi et de s'y conformer, sont tellement dépourvues de respect à son égard qu'elles doivent faire l'objet de mesures extraordinaires.

O Hearn Co. Ct. J. also considered and rejected the appellant's contentions that Part XXI of the *Code* was constitutionally invalid as offending against the guarantees embodied in ss. 7, 9 and 12 of the *Charter*, and proceeded to sentence the appellant to an indeterminate period of detention in a penitentiary.

The appellant's appeal to the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, was unanimously dismissed for reasons given by Macdonald J.A. On January 31, 1985, leave to appeal to this Court was granted.

The following constitutional questions were stated by the Court on March 26, 1985:

1. Whether the provisions of Part XXI of the *Criminal Code* of Canada, dealing with an application for finding, and sentencing, an individual as a dangerous offender, in whole or in part, infringe or deny the rights guaranteed by ss. 7, 9, 11 and/or 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If so, then are the provisions of Part XXI of the *Criminal Code*, in whole or in part, justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The appellant also argued that his rights under s. 7 of the *Charter* were violated by the Crown's failure to give him notice, before his election of a mode of trial and the entry of his plea, that it intended to bring, or contemplated bringing, a "dangerous offender" application under Part XXI of the *Code*.

The Attorneys General of Canada, Ontario, British Columbia and Saskatchewan intervened in support of the constitutional validity of Part XXI. [Saskatchewan withdrew January 29, 1987.]

a Le juge O Hearn a également examiné et écarté l'argument de l'appellant selon lequel la partie XXI du *Code* est inconstitutionnelle pour le motif qu'elle viole les garanties données par les art. 7, 9 et 12 de la *Charte*. Il a ensuite condamné l'appellant à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée.

c L'appel interjeté par l'appellant devant la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a été rejeté à l'unanimité pour les motifs exposés par le juge Macdonald. Le 31 janvier 1985, l'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée.

d Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par la Cour le 26 mars 1985:

e 1. Les dispositions de la partie XXI du *Code criminel* du Canada portant sur une demande visant à faire déclarer qu'une personne est un délinquant dangereux et sur l'imposition d'une peine à la personne ayant fait l'objet d'une telle déclaration, portent-elles atteinte en totalité ou en partie aux droits garantis par les art. 7, 9, 11 et 12, ou l'un ou l'autre de ces articles, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

f 2. Dans l'affirmative, les dispositions de la partie XXI du *Code criminel* sont-elles alors justifiées, en totalité ou en partie, compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

h L'appellant a soutenu également que la poursuite a porté atteinte aux droits que lui reconnaît l'art. 7 de la *Charte*, en omettant de le prévenir, avant son choix du mode de procès et avant l'inscription de son plaidoyer, qu'elle avait l'intention ou qu'elle envisageait de présenter en vertu de la partie XXI du *Code* une demande visant à le faire déclarer «délinquant dangereux».

i Les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario, de la Colombie-Britannique et de la Saskatchewan sont intervenus pour plaider en faveur de la constitutionnalité de la partie XXI. [La Saskatchewan s'est désistée le 29 janvier 1987.]

History and Analysis of Part XXI

Part XXI of the *Criminal Code* establishes a scheme for the designation of certain offenders as "dangerous offenders" and for sentencing such persons to a penitentiary for an indeterminate period. It is the product of frequently amended legislation that has existed in Canada, in one form or another, since 1947. It has its genesis in the *Prevention of Crime Act, 1908*, 8 Edw. 7, c. 59, ss. 10-16 (U.K.), under which a person convicted of a crime was subject to a "further sentence" of not less than five or more than ten years as preventive detention if he or she was found to be an habitual criminal. During the debates in Parliament on that Act, its author, Lord Gladstone, "made it clear that it was intended to deal not with the generality of 'habituals' but only with that more limited body of 'professional criminals' or 'persistent dangerous criminals' engaged in the more serious forms of crime" (Fox, *The Modern English Prison* (London 1934), at p. 168).

The 1938 Royal Commission established to investigate the penal system of Canada, the Archambault Commission, in its report at p. 220 identified the initial purpose of the British legislation as the reformation of professional or persistently dangerous criminals, but observed that this did not occur in the British practice. It observed, at p. 218, that:

Notwithstanding the best methods of punishment and reformation that may be adopted, there will always remain a residue of the criminal class which is of incurable criminal tendencies and which will be unaffected by reformative efforts. These become hardened criminals for whom "iron bars" and "prison walls" have no terrors, and in whom no hope or desire for reformation, if it ever existed, remains.

It thus recommended that legislation be enacted to identify this residual class of criminals and to provide for their indeterminate detention in a special prison. The purpose of such detention was conceived of as "neither punitive nor reformative

Historique et analyse de la partie XXI

La partie XXI du *Code criminel* crée un régime permettant de qualifier certains délinquants de «dangereux» et de les condamner à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée. Il s'agit là de l'aboutissement de dispositions législatives, souvent modifiées, qui ont existé au Canada sous une forme ou une autre depuis 1947. La partie XXI tire son origine des art. 10 à 16 de la *Prevention of Crime Act, 1908*, 8 Edw. 7, chap. 59 (R.-U.), aux termes desquels une personne déclarée coupable d'un crime était passible d'une [TRADUCTION] «peine supplémentaire» de détention préventive pour une durée de cinq ans au moins et de dix ans au plus si on jugeait qu'elle était un repris de justice. Au cours des débats parlementaires sur cette loi, son auteur, lord Gladstone, [TRADUCTION] «précisa qu'elle visait non pas la généralité des «délinquants d'habitude», mais uniquement la catégorie plus restreinte des «criminels professionnels» ou des «criminels obstinés et dangereux» qui commettent des crimes graves» (Fox, *The Modern English Prison* (London 1934), à la p. 168).

La Commission royale de 1938 (la Commission Archambault) constituée pour faire enquête sur le système pénal du Canada, souligne dans son rapport à la p. 230 que la loi britannique visait au départ à ramener dans le droit chemin les criminels professionnels ou les récidivistes dangereux, mais que l'expérience britannique révélait que ce n'était pas ce qui se passait dans la pratique. La Commission fait remarquer, à la p. 228:

En dépit des meilleures méthodes de châtement et de réforme que l'on puisse adopter, il restera toujours une certaine proportion de criminels, dont la tendance au mal est incorrigible et que les efforts de relèvement ne changeront pas. Ces gens-là deviennent des criminels endurcis, pour qui les «barreaux de fer» et les «murs des prisons» ne sont plus un objet de terreur et chez qui ne demeure aucun espoir ni désir d'amendement, si toutefois ils les ont jamais éprouvés.

Elle a donc recommandé l'adoption d'une loi permettant d'identifier les criminels en question et prévoyant leur détention pendant une période indéterminée dans une prison spéciale. Cette détention devait avoir pour but non «pas de punir ni de

but primarily segregation from society” (at p. 223).

It was against this backdrop that legislation dealing with habitual criminals was first introduced in Canada in 1947. Section 18 of the *Criminal Code Amendment Act*, S.C. 1947, c. 55, permitted the preventive detention “for the protection of the public” of “habitual criminals”, defined essentially as persons having a record of three previous indictable offences and who are persistently leading a criminal life (s. 575C). Additional amendments (S.C. 1948, c. 39, s. 43) provided for the sentencing in the same manner of “criminal sexual psychopaths”, defined as persons “who by a course of misconduct in sexual matters [have] evidenced a lack of power to control [their] sexual impulses and who as a result [are] likely to attack or otherwise inflict injury, loss, pain or other evil on any person” (s. 1054A(8)).

The *Report of the Canadian Committee on Corrections* (the Ouimet Report, 1969) critically examined these laws and recommended their repeal for being at once too inclusive, by applying to non-dangerous offenders (e.g., property offenders), and too exclusive, by requiring a recidivist history as a precondition of their application. However, the Commission also recognized the desirability, in policy terms, of such legislation. In the opening words of the Report’s discussion of the subject, it stated at p. 241:

It appears to the Committee that the protection of the public from unlawful violence, or from unlawful conduct which represents a serious threat to the physical safety of citizens, is one of the most urgent problems of the criminal law.

The Commission thus recommended that the extant legislation be replaced by better tailored “dangerous offender” legislation. Its concerns were reflected in the decision of this Court in *Hatchwell v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 39, where the present Chief Justice stated, at p. 43:

réformer les détenus mais avant tout de les isoler de la société» (aux pp. 233 et 234).

C’est dans ce contexte que la première loi concernant les repris de justice fut adoptée au Canada en 1947. L’article 18 de la *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1947, chap. 55, autorisait «pour la protection du public» la détention préventive des «repris de justice» qui étaient définis essentiellement comme étant les personnes qui avaient déjà été reconnues coupables de trois actes criminels et qui menaient continûment une vie criminelle (al. 575C). D’autres modifications (S.C. 1948, chap. 39, art. 43) prévoyaient le même genre de peine pour le cas d’un délinquant «atteint de psychopathie sexuelle criminelle», qui était défini comme un individu «qui, d’après son inconduite en matière sexuelle, a manifesté une impuissance à maîtriser ses impulsions sexuelles et qui, en conséquence, est susceptible d’attenter ou d’infliger autrement une blessure, une perte, une douleur ou un autre mal à toute personne» (par. 1054A(8)).

Le *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle* (le rapport Ouimet, 1969) a soumis les lois susmentionnées à un examen critique et a recommandé leur abrogation en raison de leur portée à la fois trop large, en ce sens qu’elles s’appliquaient à des délinquants non dangereux (par exemple, les auteurs d’infractions contre la propriété), et trop restreinte, en ce sens qu’elles imposaient la récidive comme condition préalable de leur application. Toutefois, le Comité a reconnu aussi que, du point de vue de la politique générale, il était souhaitable d’avoir de telles lois. En effet, le rapport commence ainsi son analyse du sujet, à la p. 257:

Le Comité estime que la défense sociale contre la violence illégale, ou contre une conduite illégale qui représente une grave menace pour la sécurité physique des citoyens, est l’un des problèmes les plus urgents du droit pénal.

Le Comité a proposé en conséquence que les textes en vigueur à l’époque soient remplacés par des dispositions mieux adaptées relativement aux «délinquants dangereux». Cette Cour a exprimé le même genre de préoccupations dans l’arrêt *Hatchwell c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 39, où l’actuel Juge en chef affirme, à la p. 43:

Habitual criminal legislation and preventive detention are primarily designed for the persistent dangerous criminal and not for those with a prolonged record of minor offences against property. The dominant purpose is to protect the public when the past conduct of the criminal demonstrates a propensity for crimes of violence against the person, and there is a real and present danger to life or limb.

The present legislation, enacted in 1977, clearly pursues the historical purpose of protecting the public, but is now carefully tailored so as to be confined in its application to those habitual criminals who are dangerous to others. In brief, Part XXI provides that where a person has been found guilty of a "serious personal injury offence", the court may, upon application, find the offender to be a dangerous offender and may thereupon impose a sentence of indeterminate detention in lieu of any other sentence that the offender might have received for the offence. The key provision is s. 688 which reads as follows:

**688.** Where, upon an application made under this Part following the conviction of a person for an offence but before the offender is sentenced therefor, it is established to the satisfaction of the court

(a) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (a) of the definition of that expression in section 687 and the offender constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons on the basis of evidence establishing

(i) a pattern of repetitive behaviour by the offender, of which the offence for which he has been convicted forms a part, showing a failure to restrain his behaviour and a likelihood of his causing death or injury to other persons, or inflicting severe psychological damage upon other persons, through failure in the future to restrain his behaviour,

(ii) a pattern of persistent aggressive behaviour by the offender, of which the offence for which he has been convicted forms a part, showing a substantial degree of indifference on the part of the offender as

La législation sur les repris de justice ainsi que la détention préventive visent essentiellement les récidivistes dangereux et non pas ceux qui ont un dossier relativement chargé d'infractions mineures contre la propriété. Le but principal est de protéger le public lorsque le comportement antérieur d'un criminel dénote une tendance à commettre des crimes de violence contre la personne et qu'il existe, de ce fait, un danger réel et actuel pour la vie et l'intégrité physique des gens.

De toute évidence, les dispositions actuellement en vigueur, adoptées en 1977, visent à réaliser l'objet historique de la protection du public. Elles ont cependant été soigneusement adaptées de manière à limiter leur application aux repris de justice qui présentent un danger pour autrui. En bref, la partie XXI dispose que, lorsqu'une personne a été reconnue coupable d'une infraction qui constitue un «sévère grave à la personne», la cour peut, sur demande faite à cette fin, déclarer que l'auteur de cette infraction est un délinquant dangereux et lui imposer, au lieu de toute autre peine qui pourrait lui être infligée pour ladite infraction, une peine de détention pour une période indéterminée. La disposition clé est l'art. 688, dont voici le texte:

**688.** Sur demande faite, en vertu de la présente Partie, postérieurement à la déclaration de culpabilité mais avant le prononcé de la sentence, la cour, convaincue que

a) l'infraction commise, constitue un sévère grave à la personne, aux termes de l'alinéa a) de la définition de cette expression à l'article 687, et que le délinquant qui l'a commise constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, en vertu de preuves établissant

(i) que, par la répétition de ses actes, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il est déclaré coupable, le délinquant démontre qu'il est incapable de contrôler ses actes et permet de croire qu'il causera vraisemblablement, la mort de quelque autre personne ou causera des sévères ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes,

(ii) que, par la répétition continuelle de ses actes d'agression, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il est déclaré coupable, le délinquant démontre une indifférence marquée quant

to the reasonably foreseeable consequences to other persons of his behaviour, or

(iii) any behaviour by the offender, associated with the offence for which he has been convicted, that is of such a brutal nature as to compel the conclusion that his behaviour in the future is unlikely to be inhibited by normal standards of behavioural restraint, or

(b) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (b) of the definition of that expression in section 687 and the offender, by his conduct in any sexual matter including that involved in the commission of the offence for which he has been convicted, has shown a failure to control his sexual impulses and a likelihood of his causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his sexual impulses,

the court may find the offender to be a dangerous offender and may thereupon impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period, in lieu of any other sentence that might be imposed for the offence for which the offender has been convicted.

To trigger the operation of this procedure, it is necessary by virtue of the opening words of paras. (a) and (b) that the accused have been found guilty of a "serious personal injury offence". The offences falling within this expression are very serious violent crimes defined in s. 687 as follows:

687. . . .

(a) an indictable offence (other than high treason, treason, first degree murder or second degree murder) involving

(i) the use or attempted use of violence against another person, or

(ii) conduct endangering or likely to endanger the life or safety of another person or inflicting or likely to inflict severe psychological damage upon another person.

and for which the offender may be sentenced to imprisonment for ten years or more, or

(b) an offence or attempt to commit an offence mentioned in section 246.1 (sexual assault), 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm) or 246.3 (aggravated sexual assault).

aux conséquences raisonnablement prévisibles que ses actes peuvent avoir sur autrui, ou

(iii) un comportement, chez ce délinquant, associé à la perpétration de l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable, d'une nature si brutale que l'on ne peut s'empêcher de conclure qu'il y a peu de chance pour qu'à l'avenir ce comportement soit inhibé par les normes ordinaires de restriction du comportement, ou

b) l'infraction perpétrée constitue un sévices grave à la personne, au terme de l'alinéa b) de la définition de cette expression à l'article 687, et que la conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, démontre son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes,

d peut déclarer qu'il s'agit là d'un délinquant dangereux et lui imposer, au lieu de toute autre peine qui pourrait être infligée pour l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable, une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée.

e D'après les dispositions liminaires des al. a) et b), on ne peut avoir recours à cette procédure que si l'accusé a été reconnu coupable de «sévices graves à la personne». Les infractions visées par cette expression sont les crimes violents très graves qui sont ainsi définis à l'art. 687:

687. . . .

a) les infractions (la haute trahison, la trahison, le meurtre au premier degré ou au deuxième degré exceptés) punissables, par voie de mise en accusation, d'une peine d'emprisonnement d'au moins dix ans et impliquant

(i) l'emploi, ou une tentative d'emploi, de la violence contre une autre personne, ou

(ii) une conduite dangereuse, ou susceptible de l'être, pour la vie ou la sécurité d'une autre personne ou une conduite ayant infligé, ou susceptible d'infliger, des dommages psychologiques graves à une autre personne, ou

b) les infractions ou tentatives de perpétration de l'une des infractions prévues aux articles 246.1 (agression sexuelle), 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles) ou 246.3 (agression sexuelle grave).

Two of the crimes of which the appellant was convicted fall within this definition.

In addition to having been convicted of a serious personal injury offence, s. 688(a) and (b) provides that to qualify as a dangerous offender, it must also be established that the offender constitutes a threat to the life, safety or well-being of others on the basis of evidence of the dangerous and intractably persistent or brutal behaviour described in subparas. (i) to (iii), or that the offender has shown an inability to control his sexual impulses and a likelihood that he will thereby cause injury, pain or other evil to other persons. The findings of the courts below that the behaviour described in s. 688 existed was not contested here.

Owing to the nature of the findings that must be made, provision is made for psychological, psychiatric and criminological evidence (s. 690) as well as character evidence (s. 692). Indeed, the evidence of at least two psychiatrists is obligatory. As well, the judge is empowered to make directions and to remand the offender for the purposes of observation (s. 691).

Because of the serious implications of the procedure for the accused, a number of safeguards have been provided. Thus the consent of the provincial Attorney General is required and the offender must, following the application, be given at least seven days notice of the basis on which it is made (s. 689). The offender is allowed to nominate one of the psychiatric witnesses (s. 690(2)) and failure to do so obliges the court to nominate one on his or her behalf (s. 690(3)). The offender also has a right to be present at the hearing (s. 693), and to appeal against sentence (s. 694(1)). As well, the Solicitor General of Canada is to be furnished with copies of the psychological, psychiatric and criminological evidence and of the observations of the Court (s. 695). Finally, and importantly, provi-

Deux des crimes dont l'appelant a été déclaré coupable relèvent de cette définition.

Pour qu'un délinquant puisse être considéré comme dangereux, les al. 688(a) et b) exigent non seulement qu'il ait été déclaré coupable de sévices graves à la personne, mais encore qu'on démontre que ce délinquant constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être d'autrui sur la foi d'éléments de preuve établissant une conduite dangereuse et irréductiblement persistante ou brutale décrite aux sous-al. (i) à (iii), ou que le comportement du délinquant ait manifesté une incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse en conséquence prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes. On ne conteste pas en cette Cour les conclusions des tribunaux d'instance inférieure quant à l'existence en l'espèce de la conduite décrite à l'art. 688.

En raison de la nature des conclusions qui doivent être tirées, il y a des dispositions qui prescrivent l'audition des témoignages de psychologues, de psychiatres et de criminologues (art. 690) ainsi que la production d'éléments de preuve concernant le caractère (art. 692). En fait, la preuve d'au moins deux psychiatres est obligatoire. De plus, le juge est habilité à rendre des ordonnances et à renvoyer le délinquant pour observation (art. 691).

En raison de la gravité des conséquences de la procédure pour l'accusé, un certain nombre de garanties sont prévues, d'où l'exigence du consentement du procureur général de la province et l'obligation de donner au délinquant, à la suite de la présentation de la demande, un préavis d'au moins sept jours francs indiquant ce sur quoi la demande se fonde (art. 689). Le délinquant est autorisé à nommer l'un des psychiatres appelés à témoigner (par. 690(2)) et s'il omet de le faire le tribunal est tenu d'en nommer un en son lieu et place (par. 690(3)). Le délinquant a aussi le droit d'être présent à l'audience (art. 693) et d'interjeter appel de sa sentence (par. 694(1)). On doit en outre faire tenir au procureur général du Canada copie des témoignages des psychologues, psychiatres et criminologues ainsi que des observations faites par la cour (art. 695). Finalement, il importe de souligner qu'à l'expiration d'un délai de trois

sion is made for review of the sentence at the expiration of three years from its imposition and every two years thereafter (s. 695.1).

### The Issues

Before entering into a detailed discussion of the issues, it may be useful to note that this case exemplifies the rather obvious point that the rights and freedoms protected by the *Charter* are not insular and discrete (see, e.g., my comments in this regard in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588.) Rather, the *Charter* protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136), and the particularization of rights and freedoms contained in the *Charter* thus represents a somewhat artificial, if necessary and intrinsically worthwhile attempt to structure and focus the judicial exposition of such rights and freedoms. The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplification of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.

As already mentioned, the case raises issues concerning ss. 7, 9, 11 and 12 of the *Charter*. Indeed, several s. 7 issues are raised, the most fundamental of which, and hence the one with which I propose to begin, being whether the imposition of preventive detention for an indeterminate period offends against the principles of fundamental justice. The remaining s. 7 issues focus not on the punishment itself, but on the fairness of the process by which the deprivation of liberty is occasioned. I therefore propose to discuss the issues raised by the appellant under the following headings:

1. Does Part XXI violate s. 7 of the *Charter*? Specifically, does it offend against principles of

ans à compter de son imposition et, par la suite, à tous les deux ans, la peine doit faire l'objet d'une révision (art. 695.1).

### Les questions en litige

Avant de se lancer dans une étude approfondie des questions en litige, il peut être utile de souligner que la présente affaire illustre un point assez évident, savoir que les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas séparés et distincts les uns des autres (voir, par exemple, mes observations à ce propos dans l'arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588). Au contraire, la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d'orienter l'expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d'une analyse structurée ne devrait toutefois pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

Comme je l'ai déjà mentionné, la présente affaire soulève des questions concernant les art. 7, 9, 11 et 12 de la *Charte*. De fait, en ce qui concerne l'art. 7, plusieurs questions se posent, dont la plus fondamentale et, en conséquence, celle par laquelle j'entends commencer, est de savoir si la condamnation à une peine de détention préventive pour une période indéterminée contrevient aux principes de justice fondamentale. Quant aux autres questions se rapportant à l'art. 7, elles visent non pas la peine elle-même, mais l'équité de la procédure entraînant la privation de liberté. Je me propose donc d'examiner sous les rubriques suivantes les questions soulevées par l'appelant:

1. La partie XXI viole-t-elle l'art. 7 de la *Charte*? Plus précisément, est-il contraire aux principes de justice fondamentale d'imposer la



fundamental justice to impose preventive detention as punishment for committing a crime?

2. Does Part XXI violate s. 12 of the *Charter*?

3. Does Part XXI violate s. 9 of the *Charter*?

4. Does Part XXI violate s. 7 of the *Charter* in other respects? Are the procedures by which the deprivation of liberty is occasioned, the standard of proof required under Part XXI, or the use of psychiatric evidence in a Part XXI application, fundamentally unfair to offenders sought to be designated as dangerous? (An aspect of the foregoing inquiry concerns the more discrete question whether s. 11(f) of the *Charter* requires that a Part XXI application be heard by a jury.)

5. Were the appellant's rights under s. 7 violated by the Crown's failure to give the appellant notice before his election and plea?

A. *Does Part XXI by Imposing Indeterminate Detention Offend Against Fundamental Justice Under s. 7 of the Charter?*

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, this Court held that the phrase "principles of fundamental justice" sets out the parameters of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person. These principles were stated to inhere in the basic tenets and principles not only of the judicial system but also of the other components of our legal system (at p. 512, *per* Lamer J.) Hence, to determine whether Part XXI violates the principles of fundamental justice by the deprivation of liberty suffered by the offender, it is necessary to examine Part XXI in light of the basic principles of penal policy that have animated legislative and judicial practice in Canada and other common law jurisdictions.

The appellant submits that Part XXI results in a deprivation of liberty that is not in accordance with the principles of fundamental justice in that it permits an individual to be sentenced for crimes he

détention préventive pour sanctionner la perpétration d'un crime?

2. La partie XXI viole-t-elle l'art. 12 de la *Charte*?

3. La partie XXI viole-t-elle l'art. 9 de la *Charte*?

4. La partie XXI viole-t-elle à d'autres égards l'art. 7 de la *Charte*? La procédure qui entraîne la privation de liberté, la norme de preuve qu'exige la partie XXI ou l'utilisation d'une preuve psychiatrique dans le cadre d'une demande fondée sur ladite partie, sont-elles fondamentalement injustes envers les délinquants que l'on veut faire qualifier de dangereux? (Un aspect de cette étude porte sur la question distincte de savoir si l'al. 11f) de la *Charte* exige qu'une demande fondée sur la partie XXI soit entendue par un jury.)

5. L'omission du ministère public de donner avis à l'appellant avant que celui-ci ne fasse son choix et son plaidoyer, constitue-t-elle une atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7?

A. *La partie XXI, en imposant la détention pour une période indéterminée, viole-t-elle les principes de justice fondamentale dont il est question à l'art. 7 de la Charte?*

Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, cette Cour a conclu que l'expression «principes de justice fondamentale» établit les paramètres du droit à la protection contre toute atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Ces principes, a-t-on affirmé, se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement du processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique (à la p. 512, le juge Lamer). Donc, pour déterminer si la partie XXI viole les principes de justice fondamentale en raison de la privation de liberté qu'elle inflige au délinquant, il faut l'examiner en fonction des préceptes fondamentaux de la politique en matière pénale qui animent la pratique législative et judiciaire au Canada et dans d'autres ressorts de *common law*.

L'appellant prétend que la partie XXI entraîne une privation de liberté qui est contraire aux principes de justice fondamentale en ce sens qu'elle permet qu'une personne soit condamnée pour des

or she has not committed or for crimes for which he or she has already been punished. If this statement correctly described what in fact occurs under Part XXI it would, indeed, constitute a violation of s. 7. The reality, however, is quite different. What section 688 does is to permit a judge to impose a sentence of indeterminate detention on an individual for having committed an offence, which sentence is “in lieu of any other sentence that might be imposed for the offence for which the offender has been convicted”. (Emphasis added.) The individual is clearly being sentenced for the “serious personal injury offence” he or she has been found guilty of committing, albeit in a different way than would ordinarily be done. It must be remembered that the appellant was not picked up off the street because of his past criminality (for which he has already been punished), or because of fears or suspicions about his criminal proclivities, and then subjected to a procedure in order to determine whether society would be better off if he were incarcerated indefinitely. Rather he was arrested and prosecuted for a very serious violent crime and subjected to a procedure aimed at determining the appropriate penalty that should be inflicted upon him in the circumstances.

Thus, the appellant’s contention that he is being punished for what he might do rather than for what he has done or, in more traditional terms, that he is being found guilty in the absence of a finding of the requisite *actus reus*, must be rejected. The punishment, as I noted, flows from the actual commission of a specific crime, the requisite elements of which have been proved to exist beyond a reasonable doubt.

Nor do I find it objectionable that the offender’s designation as dangerous or the subsequent indeterminate sentence is based, in part, on a conclusion that the past violent, anti-social behaviour of the offender will likely continue in the future. Such considerations play a role in a very significant number of sentences. I accordingly agree with the respondent’s submission that it cannot be considered a violation of fundamental justice for Parliament to identify those offenders who, in the interests of protecting the public, ought to be sentenced according to considerations which

crimes qu’elle n’a pas commis ou pour lesquels elle a déjà été punie. Si cela constituait une description exacte de ce qui se passe vraiment sous le régime de la partie XXI, il y aurait certainement violation de l’art. 7. La réalité est cependant tout autre. En réalité, l’art. 688 permet à un juge d’imposer à l’auteur d’une infraction une peine de détention pour une période indéterminée, «au lieu de toute autre peine qui pourrait être infligée pour l’infraction dont il vient d’être déclaré coupable». (Je souligne.) De toute évidence, l’individu en question se voit condamner, quoique d’une manière inhabituelle, pour les «sévices graves à la personne» dont il a été reconnu coupable. Il faut se rappeler que l’appelant n’a pas été appréhendé à cause de ses actes criminels antérieurs (pour lesquels il a déjà été puni) ni à cause de craintes ou de soupçons quant à sa propension au crime, pour être ensuite soumis à une procédure visant à déterminer s’il valait mieux pour la société qu’il soit incarcéré indéfiniment. Il a plutôt été arrêté et poursuivi pour un crime violent très grave et soumis à une procédure destinée à déterminer la peine qu’il convenait de lui infliger dans les circonstances.

Par conséquent, il faut rejeter l’argument de l’appelant selon lequel on le punit pour ce qu’il pourrait faire et non pas pour ce qu’il a réellement fait ou selon lequel, en des termes plus traditionnels, on le déclare coupable sans avoir conclu à l’existence de l’*actus reus* nécessaire. La peine, comme je l’ai déjà souligné, découle de la perpétration d’un crime précis dont les éléments ont été établis hors de tout doute raisonnable.

Je ne vois rien qui s’oppose à ce que la décision de qualifier le délinquant de dangereux ou de lui infliger une peine d’emprisonnement pour une durée indéterminée repose en partie sur la conclusion que son comportement violent et antisocial du passé continuera vraisemblablement. De tels facteurs jouent dans un très grand nombre de sentences. Je souscris donc au point de vue de l’intimé selon lequel on ne saurait considérer comme un manquement à la justice fondamentale le fait que le Parlement identifie les délinquants dont la peine devrait, dans l’intérêt de la protection du public,

are not entirely reactive or based on a "just deserts" rationale. The imposition of a sentence which "is partly punitive but is mainly imposed for the protection of the public" (*Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (Ont. H.C.)) seems to me to accord with the fundamental purpose of the criminal law generally, and of sentencing in particular, namely, the protection of society. In a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender. No one would suggest that any of these functional considerations should be excluded from the legitimate purview of legislative or judicial decisions regarding sentencing.

It is thus important to recognize the precise nature of the penological objectives embodied in Part XXI. It is clear that the indeterminate detention is intended to serve both punitive and preventive purposes. Both are legitimate aims of the criminal sanction. Indeed, when society incarcerates a robber for, say, ten years, it is clear that its goal is both to punish the person and prevent the recurrence of such conduct during that period. Preventive detention in the context of Part XXI, however, simply represents a judgment that the relative importance of the objectives of rehabilitation, deterrence and retribution are greatly attenuated in the circumstances of the individual case, and that of prevention, correspondingly increased. Part XXI merely enables the court to accommodate its sentence to the common sense reality that the present condition of the offender is such that he or she is not inhibited by normal standards of behavioural restraint so that future violent acts can quite confidently be expected of that person. In such circumstances it would be folly not to tailor the sentence accordingly.

It is noteworthy that numerous examples exist, both in Canada and abroad, of ways in which the need to protect the public from the risk of convict-

être établie en fonction de facteurs qui ne sont pas entièrement réactifs ou fondés sur le principe du «châtiment mérité». L'imposition d'une sentence qui [TRADUCTION] «est punitive en partie, mais qui vise surtout à protéger le public» (*Re Moore and the Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (H.C. Ont.)) me semble concorder avec l'objet fondamental du droit criminel en général, et de l'imposition des peines en particulier, savoir la protection de la société. Dans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtiment et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant. Personne n'a prétendu que l'une quelconque de ces considérations pratiques ne devrait pas entrer en ligne de compte dans les décisions législatives ou judiciaires concernant les peines à imposer.

D'où l'importance de reconnaître la nature précise des objectifs pénologiques de la partie XXI. Il est clair que la détention pour une période indéterminée répond à des fins à la fois punitives et préventives. L'une et l'autre constituent des buts légitimes de la sanction pénale. De fait, lorsque la société incarcère un voleur pendant dix ans, par exemple, il est évident que le but visé est double: punir l'auteur du crime et empêcher la récidive pendant cette période. Toutefois, la détention préventive dans le contexte de la partie XXI représente simplement un jugement que l'importance relative des objectifs de réinsertion sociale, de dissuasion et de châtiment peut diminuer sensiblement dans un cas particulier et celle de la prévention s'accroître proportionnellement. La partie XXI ne fait que permettre à la cour d'adapter la peine à la réalité bien évidente que la situation actuelle du délinquant est telle que sa conduite n'est pas soumise aux contraintes normales, de sorte qu'on peut s'attendre avec un grand degré de certitude à ce que cette personne commette des actes de violence dans l'avenir. Il serait donc insensé que de ne pas fixer la peine en conséquence.

Il convient de souligner qu'il existe, tant au Canada qu'à l'étranger, de nombreux exemples de façons dont les tribunaux et les législateurs ont

ed persons reoffending has been taken into consideration by the judiciary and legislature alike.

The case law criteria for imposing a life sentence closely parallel those embodied in Part XXI. Indeed, life sentences and Part XXI sentences are primarily imposed for the same purposes and on the same type of offender. In *R. v. Hill* (1974), 15 C.C.C. (2d) 145 (Ont. C.A.), Jessup J.A. stated, at pp. 147-48:

When an accused has been convicted of a serious crime in itself calling for a substantial sentence and when he suffers from some mental or personality disorder rendering him a danger to the community but not subjecting him to confinement in a mental institution and when it is uncertain when, if ever, the accused will be cured of his affliction, in my opinion the appropriate sentence is one of life. Such a sentence in such circumstances, amounts to an indefinite sentence under which the Parole Board can release him to the community when it is satisfied, upon adequate psychiatric examination, it is in the interests of the accused and of the community for him to return to society. The policy expressed in my opinion is that of the Criminal Division of the English Court of Appeal: cf. Thomas, *Principles of Sentencing*, at pp. 272-9.

A similar view was taken by Lieberman J.A. for the Alberta Court of Appeal in *R. v. Kempton* (1980), 53 C.C.C. (2d) 176, at pp. 191-92. Indeed, it is not without profound significance that the appellant could, theoretically, have received a life sentence for one of the crimes for which he was convicted, namely, breaking and entering a dwelling house contrary to s. 306(1)(b) of the *Code*. This starkly emphasizes that the sentence actually imposed differs in emphasis and degree, but not in kind, from that which he might otherwise have received.

It is true that the *Hill* principle, which amounts to judge-made dangerous offender law, has clearly been limited by subsequent decisions. However,

tenu compte de la nécessité de protéger le public contre le risque de récidive de la part de personnes reconnues coupables de crimes.

<sup>a</sup> Les critères qui, d'après la jurisprudence, doivent être remplis pour qu'une peine d'emprisonnement à perpétuité soit imposée ressemblent beaucoup à ceux énoncés à la partie XXI. En fait, les peines d'emprisonnement à perpétuité et les peines prévues à la partie XXI visent essentiellement les mêmes objectifs et le même type de délinquant. Dans l'arrêt *R. v. Hill* (1974), 15 C.C.C. (2d) 145 (C.A. Ont.), le juge Jessup affirme, aux pp. 147 et 148:

<sup>c</sup> [TRADUCTION] Lorsqu'un accusé est déclaré coupable d'un crime grave qui commande lui-même une lourde peine et qu'il souffre de quelque trouble psychique ou de personnalité qui le rend dangereux pour la collectivité, sans pour autant nécessiter qu'il soit interné dans un hôpital psychiatrique, et lorsqu'il n'est pas certain si ou à quel moment l'accusé sera guéri de sa maladie, à mon avis la peine qui s'impose c'est l'emprisonnement à perpétuité. Dans de telles circonstances, cela équivaut à une peine d'une durée indéterminée, aux termes de laquelle la Commission des libérations conditionnelles peut le remettre en liberté dans la société lorsqu'elle est convaincue, à la suite d'un examen psychiatrique adéquat, que cette libération est dans l'intérêt de l'accusé et de la société. La politique que je viens d'énoncer est celle de la Division criminelle de la Cour d'appel d'Angleterre: cf. Thomas, *Principles of Sentencing*, aux pp. 272 à 279.

<sup>g</sup> Une opinion semblable a été exprimée par le juge Lieberman de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. v. Kempton* (1980), 53 C.C.C. (2d) 176, aux pp. 191 et 192. À vrai dire, et c'est là un point d'une importance capitale, l'appelant aurait pu théoriquement se voir imposer une peine d'emprisonnement à perpétuité pour l'un des crimes dont il a été déclaré coupable, savoir celui de s'être introduit par effraction dans une maison d'habitation contrairement à l'al. 306(1)(b) du *Code*. Voilà qui met nettement en relief le fait que la peine effectivement imposée diffère selon son importance et sa sévérité, mais selon sa nature, de celle qu'on aurait pu par ailleurs lui infliger.

<sup>j</sup> Il est vrai que la portée du principe énoncé dans l'arrêt *Hill*, qui constitue du droit prétorien relatif aux délinquants dangereux, a clairement été res-

the basis of the retrenchment has not been a rejection of the principle of indeterminate detention for dangerous offenders. Rather, it has been the concern that the *Hill* principle not be used to circumvent the provisions of Part XXI with its attendant safeguards for the offender. As Martin J.A., for the Ontario Court of Appeal, observed in *R. v. Crosby* (1982), 1 C.C.C. (3d) 233, at p. 240:

The Crown, in our view, properly invoked the dangerous offender legislation in this case. This court has said on more than one occasion that rather than sentence a person who has been convicted of a serious offence and who is a continuing danger to life imprisonment, the prosecution should proceed under the dangerous offender provisions, where the offender has greater protection.

In England, statutory provisions respecting the sentencing of dangerous offenders did not exist before 1908 when preventive detention legislation to deal with habitual offenders was enacted. Section 37 of the *Criminal Justice Act 1967*, 1967, c. 80 (U.K.), abolished such detention but the principle that a persistent recidivist should be detained for a longer period than the ordinary criminal has been retained in the form of the "extended" sentence. Under the relevant provisions, where the prosecution establishes certain conditions demonstrating persistence and the like, the court may impose a sentence in excess of the statutory maximum for the offence.

In addition, the English courts have departed from the usual range of sentences (the so-called "tariff sentence") for particular crimes and employed the life sentence as an indefinite preventive sentence when an offender "appears, on the basis of his immediate offence, his previous history and such psychiatric evidence as may be available, to be highly likely to commit grave offences of violence in the future" (D. A. Thomas, *Principles of Sentencing* (2nd ed. 1979), at p. 37). The

treinte par la jurisprudence subséquente. Cependant, loin de reposer sur un rejet du principe de la détention pour une durée indéterminée des délinquants dangereux, cette restriction a pour fondement le souci de veiller à ce que le principe de l'arrêt *Hill* ne soit pas utilisé pour contourner la partie XXI et ses garanties concomitantes en faveur des délinquants. Comme l'a fait remarquer le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Crosby* (1982), 1 C.C.C. (3d) 233, à la p. 240:

[TRADUCTION] Selon nous, c'est à bon droit que le ministère public a invoqué en l'espèce les dispositions relatives aux délinquants dangereux. Cette cour a affirmé à plus d'une occasion que plutôt que de condamner à l'emprisonnement à perpétuité une personne qui a été déclarée coupable d'une infraction grave et qui continue à présenter un danger pour le public, la poursuite devrait procéder en vertu des dispositions portant sur les délinquants dangereux, lesquelles offrent au délinquant une meilleure protection.

En Angleterre, les dispositions législatives concernant la détermination des sentences relatives aux délinquants dangereux ne sont apparues qu'en 1908 au moment de l'adoption d'une loi prévoyant la détention préventive de repris de justice. L'article 37 de la *Criminal Justice Act 1967*, 1967, chap. 80 (R.-U.), a aboli la détention préventive, mais le principe selon lequel un récidiviste endurci devrait faire l'objet d'une détention plus longue que celle infligée au criminel ordinaire a été conservé sous la forme de la peine «prolongée». Suivant les dispositions pertinentes, lorsque la poursuite établit l'existence de certaines conditions démontrant notamment la persistance dans la récidive, la cour peut imposer une peine qui dépasse la peine maximale prévue par la loi pour l'infraction en question.

De plus, les tribunaux anglais se sont éloignés de la fourchette habituelle des peines (ce qu'on appelle le [TRADUCTION] «barème des peines») pour des crimes donnés et ont eu recours à l'emprisonnement à perpétuité à titre de peine préventive de durée indéterminée chaque fois qu'un délinquant [TRADUCTION] «paraît, si l'on tient compte de l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable, de ses antécédents et de la preuve psychiatrique qui a pu être produite, fortement enclin à commet-

circumstances in which the indeterminate term is considered appropriate were set out by the Criminal Division of the Court of Appeal in *R. v. Hodgson* (1967), 52 Cr. App. R. 113, at p. 114:

When the following conditions are satisfied, a sentence of life imprisonment is in our opinion justified: (1) where the offence or offences are in themselves grave enough to require a very long sentence; (2) where it appears from the nature of the offences or from the defendant's history that he is a person of unstable character likely to commit such offences in the future; and (3) where if the offences are committed the consequences to others may be specially injurious, as in the case of sexual offences or crimes of violence. We think that these conditions are satisfied in the present case and that they justify an indeterminate life sentence. The Home Secretary has of course the power to release the appellant on licence when it is thought safe to release him, if that time comes.

Finally, the legislation of other jurisdictions reveals the general acceptance of preventive detention as a means of dealing with dangerous offenders. In their comprehensive review of protective sentencing of dangerous offenders in the United Kingdom, Floud and Young, *Dangerousness and Criminal Justice* (London 1981), note that "the laws of most, if not all, western countries make provision for the sentencing of offenders against whom the public requires special protection". For example, they observe, Denmark provides for protective custody of dangerous offenders who commit or attempt to commit homicide, robbery, rape and other serious offences. Similarly, the Swedish Penal Code of 1965 provides that "internment may be imposed if the crime . . . is punishable by imprisonment for two years or longer and in view of the defendant's criminality, mental condition, conduct and other circumstances, a long-lasting deprivation of liberty, without duration fixed in advance, is deemed necessary to prevent further serious criminality on his part" (at p. 103). Norval Morris, in "The Habitual Criminal"

tre dans l'avenir des infractions violentes graves» (D. A. Thomas, *Principles of Sentencing* (2nd ed. 1979), à la p. 37). Les circonstances dans lesquelles il convient d'imposer une peine d'une durée indéterminée ont été exposées par la Division criminelle de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Hodgson* (1967), 52 Cr. App. R. 113, à la p. 114:

[TRADUCTION] Nous estimons qu'une peine d'emprisonnement à perpétuité est justifiée lorsque les conditions énoncées ci-après sont remplies; (1) lorsque l'infraction ou les infractions sont en soi assez graves pour commander une peine d'une durée très longue; (2) lorsqu'il se dégage de la nature des infractions ou des antécédents de l'accusé qu'il est prédisposé par l'instabilité de son caractère à commettre de telles infractions dans l'avenir; et (3) lorsque, dans l'hypothèse où ces infractions seraient commises, les conséquences pour autrui peuvent être particulièrement préjudiciables, comme dans le cas d'infractions sexuelles ou de crimes violents. Nous croyons que ces conditions sont remplies en l'espèce et que cela justifie une peine d'emprisonnement à perpétuité d'une durée indéterminée. Bien entendu, le ministre de l'Intérieur a le pouvoir de mettre l'appelant en liberté sur autorisation dès qu'on juge qu'il peut être relâché sans danger, si jamais ce moment vient.

Finalement, il se dégage des lois en vigueur dans d'autres ressorts que la détention préventive est généralement acceptée comme moyen de réprimer les délinquants dangereux. Dans leur étude exhaustive de la condamnation préventive de délinquants dangereux au Royaume-Uni, intitulée *Dangerousness and Criminal Justice* (London 1981), Floud et Young font remarquer que [TRADUCTION] «les lois de la plupart, si ce n'est de la totalité, des pays occidentaux prévoient la condamnation de délinquants contre lesquels le public doit bénéficier d'une protection spéciale». Ils soulignent, par exemple, que le Danemark permet la mise en détention préventive de délinquants dangereux qui commettent ou tentent de commettre un homicide, un vol qualifié, un viol et d'autres infractions graves. De même, le code pénal suédois de 1965 dispose que [TRADUCTION] «l'internement peut être imposé si le crime [ . . . ] est punissable par une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus et si, compte tenu des tendances criminelles, de l'état mental, de la conduite et d'autres aspects de la situation du défendeur, une privation de

(1967), 13 *McGill L.J.* 534, also observes that a number of countries have enacted legislation to deal with incorrigible or habitual offenders, and notes, at p. 536, that generally three elements are included in the definition of the group targeted for such punishment — criminal qualities inherent or latent in the mental constitution, a settled practice in crime, and a public danger.

In the United States, as well, there are many examples of legislation embodying the principle of protective or preventive sentencing. For example, Title 18 of the *United States Code*, § 3575 (repealed, effective November 1, 1986, s. 235 Pub.L. 98-473), provided for a greatly increased range of penalties if the defendant was shown to be a “dangerous special offender”. Section 3575(f) provided that “A defendant is dangerous . . . if a period of confinement longer than that provided for such felony is required for the protection of the public from further criminal conduct by the defendant”. This statute has withstood constitutional attack in several federal Court of Appeal decisions (see *U.S. v. Davis*, 710 F.2d 104 (3rd Cir. 1983); *U.S. v. Stewart*, 531 F.2d 326 (6th Cir. 1975), *certiorari* denied 426 U.S. 922; *U.S. v. Neary*, 552 F.2d 1184 (7th Cir. 1977), *certiorari* denied 434 U.S. 864; and *U.S. v. Cox*, 719 F.2d 285 (8th Cir. 1983), *certiorari* denied 466 U.S. 929).

Similarly, several state legislatures have enacted habitual offender, recidivist or enhanced sentencing statutes, the constitutionality of which have, in principle, been upheld by the Supreme Court (*Spencer v. Texas*, 385 U.S. 552 (1967); see also, *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980), which upheld a mandatory life term on a third felony conviction (at least where parole eligibility is provided for, a requirement emphasized in *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983)).

liberté de longue durée, sans que cette durée soit préétablie, est jugée nécessaire pour l'empêcher de commettre d'autres crimes graves» (à la p. 103). Norval Morris, dans «The Habitual Criminal» (1967), 13 *McGill L.J.* 534, fait également observer qu'un certain nombre de pays ont adopté des dispositions législatives destinées à régler le cas des délinquants incorrigibles ou des repris de justice et il précise, à la p. 536, qu'en règle générale la définition du groupe devant faire l'objet du châtiment prévu énonce trois éléments: un tempérament qui comporte des tendances criminelles latentes ou inhérentes, des pratiques criminelles bien établies et l'existence d'un danger pour le public.

Aux États-Unis aussi, il y a beaucoup d'exemples de lois qui mettent en application le principe de la condamnation protectrice ou préventive. Par exemple, le titre 18 du *United States Code*, § 3575 (abrogé le 1<sup>er</sup> novembre 1986, art. 235 Pub.L. 98-473), prévoyait des peines sensiblement plus sévères si l'on prouvait que l'accusé était un [TRADUCTION] «délinquant spécial dangereux». L'alinéa 3575f) portait qu' [TRADUCTION] «Un accusé est dangereux [ . . . ] si une période d'incarcération plus longue que celle prévue pour le crime en question s'impose pour la protection du public contre toute récidive de la part de cet accusé». La constitutionnalité de cette loi a été confirmée par plusieurs arrêts de la Cour d'appel des États-Unis (voir *U.S. v. Davis*, 710 F.2d 104 (3rd Cir. 1983); *U.S. v. Stewart*, 531 F.2d 326 (6th Cir. 1975), *certiorari* refusé 426 U.S. 922; *U.S. v. Neary*, 552 F.2d 1184 (7th Cir. 1977), *certiorari* refusé 434 U.S. 864; et *U.S. v. Cox*, 719 F.2d 285 (8th Cir. 1983), *certiorari* refusé 466 U.S. 929).

De même, les législatures de plusieurs États, ont adopté des lois concernant les repris de justice ou les récidivistes ou établissant des peines plus sévères, dont la constitutionnalité a été, en principe, confirmée par la Cour suprême (*Spencer v. Texas*, 385 U.S. 552 (1967); voir aussi l'arrêt *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980), dans lequel une peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité imposée à la suite d'une troisième déclaration de culpabilité d'un délit grave a été maintenue (du moins lorsque l'admissibilité à la libération conditionnelle est prévue, une condition sur laquelle on a insisté dans l'arrêt *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983)).

From what I have said already, I do not think that it could seriously be argued that the penological objectives embodied in Part XXI themselves violate s. 7 of the *Charter*. However, it is clear that the present *Charter* inquiry is concerned also, if not primarily, with the effects of the legislation. This requires investigating the 'treatment meted out', i.e. what is actually done to the offender and how that is accomplished. Whether this "treatment" violates constitutional precepts seems to me to be an issue more aptly discussed under ss. 9 and 12 of the *Charter*, because these provisions focus on specific manifestations of the principles of fundamental justice. For convenience, I shall begin with s. 12.

**B. Does Part XXI Constitute Cruel and Unusual Punishment Under s. 12 of the Charter?**

The appellant contends that Part XXI violates s. 12 of the *Charter* in that it imposes a punishment that is unusually severe and serves no valid penological purpose more effectively than a less severe punishment (e.g. a determinate sentence).

This issue was addressed in *Re Moore, supra*, and *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (Ont. C.A.) In *Re Moore*, Ewaschuk J. appears to have been influenced by the fact that this Court had, in *Ex Parte Matticks* (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 n, *sub nom. Pearson v. Lecorre* [1973] S.C.R. vi, upheld the previous habitual offender legislation under s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, which provides that no law of Canada shall be construed or applied so as to "impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment". If that more Draconian legislation was valid, he reasoned, so must the present legislation be valid. The reasons given by Ewaschuk J. for sustaining the legislation may be summarized as follows: the legislation would be acceptable to a large segment of the

Me fondant sur ce qui précède, je ne crois pas qu'on puisse sérieusement prétendre que les objets pénologiques de la partie XXI constituent en soi une violation de l'art. 7 de la *Charte*. Il est toutefois évident que le présent examen fondé sur la *Charte* porte également, sinon principalement, sur les effets des dispositions législatives en cause. Cela exige d'examiner le [TRADUCTION] «traitement accordé» aux délinquants, c.-à-d. la forme qu'il prend et la manière dont on l'administre. Quant à savoir si ce «traitement» va à l'encontre de certains préceptes constitutionnels, cela me semble une question qu'il convient mieux d'examiner dans le contexte des art. 9 et 12 de la *Charte* étant donné que ces dispositions portent sur des manifestations précises des principes de justice fondamentale. Pour des motifs de commodité, je prends comme point de départ l'art. 12.

**B. La partie XXI crée-t-elle une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la Charte?**

L'appelant soutient que la partie XXI va à l'encontre de l'art. 12 de la *Charte* en ce qu'elle impose une peine d'une sévérité inhabituelle qui ne répond pas à un but pénologique valable d'une manière plus efficace que ne le ferait une peine moins sévère (comme par exemple une peine d'une durée déterminée).

Cette question a été abordée dans les décisions *Re Moore*, précitée, et *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (C.A. Ont.) Dans l'affaire *Re Moore*, le juge Ewaschuk semble avoir été influencé par le fait que cette Cour, dans l'arrêt *Ex Parte Matticks* (1973), 15 C.C.C. (2d) 213 n, *sub nom. Pearson c. Lecorre*, [1973] R.C.S. vi, a conclu que les dispositions antérieures relatives aux repris de justice ne violaient pas l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, selon lequel nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme «infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition». Suivant le raisonnement du juge Ewaschuk, si ces dispositions plus draconiennes étaient valides, celles actuellement en vigueur le sont à plus forte raison. On peut résu-



population; the specificity of the statutory requirements ensured their application on a rational basis; the protection of society is an important social purpose; the legislation is not an affront to public standards of decency given the procedural safeguards built into the process; and, finally, the legislation is tailored so as not to be disproportionate to the crime and the offender's potential to harm others. Although all punishment is in some degree degrading to human dignity, he concluded, Part XXI is not impermissibly, or cruelly and unusually, degrading to human dignity.

While I agree with much of this reasoning, it is unnecessary to examine it in any detail. For since that decision, this Court, in *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, has had the opportunity to review the scope and meaning of s. 12, and it is against the backdrop of that case that this issue must be decided. *Smith* dealt with whether s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, in providing for a mandatory minimum sentence of seven years on all persons found guilty of importing a narcotic, offended the right of individuals not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment. A majority of this Court held that s. 5(2) did violate s. 12 and was not sustainable under s. 1 of the *Charter*.

Lamer J., speaking for the majority, set out the parameters of the right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment in the following terms at pp. 1072-74:

In my view, the protection afforded by s. 12 governs the quality of the punishment and is concerned with the effect that the punishment may have on the person on whom it is imposed. I would agree with Laskin C.J. in *Miller and Cockriell*, *supra*, where he defined the phrase "cruel and unusual" as a "compendious expression of a norm". The criterion which must be applied in

mer ainsi les raisons données par le juge Ewaschuk pour déclarer valides les dispositions en cause: elles seraient acceptables par une grande partie de la population; le caractère précis des exigences posées par la loi garantit leur application rationnelle; la protection de la collectivité est un objectif social important; étant donné les garanties en matière de procédure inhérentes au processus, les dispositions en question ne sont pas incompatibles avec les normes publiques de la dignité humaine; et, finalement, les dispositions législatives sont conçues de manière à ne pas être disproportionnées au crime et au risque de danger que le délinquant présente pour autrui. Bien que tout châtiment porte dans une certaine mesure atteinte à la dignité humaine, a conclu le juge Ewaschuk, la partie XXI le fait d'une manière qui ne soit ni inadmissible ni cruelle et inusitée.

Bien que je souscrive en grande partie à ce raisonnement, point n'est besoin de l'examiner dans les menus détails car, depuis la décision susmentionnée, cette Cour, dans l'arrêt *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, a eu l'occasion d'étudier la portée et le sens de l'art. 12 et c'est en fonction de cet arrêt que nous devons trancher la question actuellement en litige. Dans l'affaire *Smith*, il s'agissait de déterminer si le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, du fait qu'il prévoyait une peine minimale obligatoire de sept ans d'emprisonnement pour toutes les personnes reconnues coupables d'importation d'un stupéfiant, portait atteinte au droit des particuliers à la protection contre les traitements ou peines cruels et inusités. Cette Cour à la majorité a conclu que le par. 5(2) violait effectivement l'art. 12 et ne pouvait être maintenu en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le juge Lamer, s'exprimant au nom de la majorité, a énoncé ainsi les paramètres du droit à la protection contre les traitements ou peines cruels et inusités (aux pp. 1072 à 1074):

À mon avis, la protection accordée par l'art. 12 régit la qualité de la peine et vise l'effet que la peine peut avoir sur la personne à qui elle est infligée. Je suis d'accord avec ce que dit le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Miller et Cockriell*, précité, lorsqu'il définit les termes «cruels et inusités» comme la «formulation concise d'une norme». Le critère qui doit être appliqué pour détermi-

order to determine whether a punishment is cruel and unusual within the meaning of s. 12 of the *Charter* is, to use the words of Laskin C.J. in *Miller and Cockriell*, *supra*, at p. 688, "whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage the standards of decency". In other words, though the state may impose punishment, the effect of that punishment must not be grossly disproportionate to what would have been appropriate.

In imposing a sentence of imprisonment, the judge will assess the circumstances of the case in order to arrive at an appropriate sentence. The test for review under s. 12 of the *Charter* is one of gross disproportionality, because it is aimed at punishments that are more than merely excessive. We should be careful not to stigmatize every disproportionate or excessive sentence as being a constitutional violation, and should leave to the usual sentencing appeal process the task of reviewing the fitness of a sentence. Section 12 will only be infringed where the sentence is so unfit as to be grossly disproportionate.

In assessing whether a sentence is grossly disproportionate, the Court must first consider the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender and the particular circumstances of the case in order to determine what range of sentences would have been appropriate to punish, rehabilitate or deter this particular offender or to protect the public from this particular offender. The other purposes which may be pursued by the imposition of punishment, in particular the deterrence of other potential offenders, are thus not relevant at this stage of the inquiry. This does not mean that the judge or the legislator can no longer consider general deterrence or other penological purposes that go beyond the particular offender in determining a sentence, but only that the resulting sentence must not be grossly disproportionate to what the offender deserves. If a grossly disproportionate sentence is "prescribed by law", then the purpose which it seeks to attain will fall to be assessed under s. 1. Section 12 ensures that individual offenders receive punishments that are appropriate, or at least not grossly disproportionate, to their particular circumstances, while s. 1 permits this right to be overridden to achieve some important societal objective.

One must also measure the effect of the sentence actually imposed. If it is grossly disproportionate to what would have been appropriate, then it infringes s. 12. The effect of the sentence is often a composite of

ner si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* consiste, pour reprendre les termes utilisés par le juge en chef Laskin à la p. 688 de l'arrêt *Miller et Cockriell*, précité, à se demander «si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine.» En d'autres termes, bien que l'État puisse infliger une peine, l'effet de cette peine ne doit pas être exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié.

En imposant une peine d'emprisonnement, le juge se doit d'évaluer les circonstances de l'affaire afin de prononcer une sentence appropriée. Le critère applicable à l'examen en vertu de l'art. 12 de la *Charte* est celui de la disproportion exagérée, étant donné qu'il vise les peines qui sont plus que simplement excessives. Il faut éviter de considérer que toute peine disproportionnée ou excessive est contraire à la Constitution et laisser au processus normal d'appel en matière de sentence la tâche d'examiner la justesse d'une peine. Il n'y aura violation de l'art. 12 que si, compte tenu de l'infraction et du contrevenant, la sentence est inappropriée au point d'être exagérément disproportionnée.

En vérifiant si une peine est exagérément disproportionnée, la cour doit d'abord prendre en considération la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l'affaire afin de déterminer quelles peines auraient été appropriées pour punir, réhabiliter ou dissuader ce contrevenant particulier ou pour protéger le public contre ce dernier. Ainsi, les autres objectifs que peut viser l'imposition d'une peine, en particulier la dissuasion d'autres contrevenants en puissance, sont sans importance à cette étape de l'analyse. Cela signifie non pas que le juge ou le législateur ne peut plus, en déterminant une peine, prendre en considération la dissuasion générale ou d'autres objectifs pénologiques qui vont au delà du contrevenant particulier, mais seulement que la peine qui résulte ne doit pas être exagérément disproportionnée à ce que mérite le contrevenant. Si une peine exagérément disproportionnée est prescrite «par une règle de droit», alors l'objectif qu'elle vise devra faire l'objet d'une évaluation en vertu de l'article premier. L'article 12 a pour effet d'assurer que chaque contrevenant se voie infliger une peine appropriée, ou tout au moins non exagérément disproportionnée, à sa situation particulière, alors que l'article premier permet de passer outre à ce droit afin de réaliser un objectif social important.

Il faut également évaluer l'effet de la peine qui est effectivement infligée. Si cet effet est exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié, alors elle viole l'art. 12. L'effet de la peine est souvent le produit

many factors and is not limited to the quantum or duration of the sentence but includes its nature and the conditions under which it is applied. Sometimes by its length alone or by its very nature will the sentence be grossly disproportionate to the purpose sought. Sometimes it will be the result of the combination of factors which, when considered in isolation, would not in and of themselves amount to gross disproportionality. For example, twenty years for a first offence against property would be grossly disproportionate, but so would three months of imprisonment if the prison authorities decide it should be served in solitary confinement . . .

The numerous criteria proposed pursuant to s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* and the Eighth Amendment of the American Constitution are, in my opinion, useful as factors to determine whether a violation of s. 12 has occurred. Thus, to refer to tests listed by Professor Tarnopolsky, the determination of whether the punishment is necessary to achieve a valid penal purpose, whether it is founded on recognized sentencing principles, and whether there exist valid alternatives to the punishment imposed, are all guidelines which, without being determinative in themselves, help to assess whether the punishment is grossly disproportionate.

It is clear from the foregoing that s. 12 is concerned with the relation between the effects of, and reasons for, punishment. At the initial stage of the inquiry into proportionality, those effects are to be balanced against the particular circumstances of the offence, the characteristics of the offender and the particular purposes sought to be accomplished in sentencing that person in the manner challenged. If, in light of these considerations, the punishment is found to be grossly disproportionate, a remedy must be afforded the offender in the absence of social objectives that transcend the circumstances of the particular case and are capable of justifying the punishment under s. 1 of the *Charter*.

Let us first consider the substantive ways in which the present legislation itself seeks to accommodate the conflicting interests, on the one hand, of society in seeking to protect itself from dangerous criminals and, on the other, of the offender in not being subjected to punishment grossly disproportionate to the offence and the circumstances of

de plusieurs facteurs et ne se limite pas à l'importance ou à la durée de cette peine, mais comprend sa nature et les circonstances dans lesquelles elle est imposée. C'est parfois en raison de sa seule longueur ou de sa nature même que la peine est exagérément disproportionnée à l'objectif poursuivi. Dans d'autres cas, c'est le résultat d'une combinaison de facteurs qui pris isolément n'engendreraient pas en soi une disproportion exagérée. À titre d'exemple, une peine de vingt années pour une première infraction contre la propriété serait exagérément disproportionnée, mais il en serait de même d'une peine de trois mois d'emprisonnement dans le cas où les autorités pénitentiaires décideraient qu'elle doit être purgée dans une cellule d'isolement . . .

Les nombreux critères proposés conformément à l'al. 2b) de la *Déclaration canadienne des droits* et au Huitième amendement de la Constitution américaine sont, à mon avis, utiles comme facteurs permettant de déterminer s'il y a eu violation de l'art. 12. Ainsi, pour mentionner les critères énoncés par le professeur Tarnopolsky, les questions de savoir si la peine est nécessaire pour atteindre un objectif pénal régulier, si elle est fondée sur des principes reconnus en matière de détermination de la sentence et s'il existe des solutions de rechange valables à la peine imposée, constituent des lignes directrices qui, sans être décisives en elles-mêmes, aident à vérifier si la peine est exagérément disproportionnée.

Il ressort nettement de ce qui précède que l'art. 12 vise le rapport qui existe entre les effets et les raisons d'une peine. Au stade initial de l'enquête sur la proportionnalité, ces effets doivent être examinés en fonction des circonstances particulières dans lesquelles l'infraction a été commise, des caractéristiques personnelles du délinquant et du but précis qu'on veut atteindre en imposant à cette personne la peine contestée. Si, compte tenu de ces facteurs, la peine est jugée exagérément disproportionnée, le délinquant a droit à un redressement, à moins qu'il n'existe des objectifs sociaux transcendants qui font que cette peine est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Prenons d'abord les principales façons dont les dispositions législatives actuelles tentent elles-mêmes de concilier les intérêts opposés, savoir, d'une part, celui qu'a la société à se protéger contre les criminels dangereux et, d'autre part, celui du délinquant à ne pas se voir imposer une peine exagérément disproportionnée à l'infraction

the individual case. It seems to me that the legislative criteria embodied in s. 688 for designating offenders as dangerous and for sentencing such persons tend, although not conclusively, to sustain the legislation as not constituting a violation of s. 12. I say "not conclusively" for, as will be seen, it is only when s. 688 is read in the context of the scheme as a whole that the legislation can be upheld.

First, the legislation applies only to persons convicted of a "serious personal injury offence" as defined in s. 687. These offences all relate to conduct tending to cause severe physical danger or severe psychological injury to other persons. Significantly, the maximum penalty for all these offences must be at least ten years' imprisonment. Secondly, it must be established to the satisfaction of the court that the offence for which the person has been convicted is not an isolated occurrence, but part of a pattern of behaviour which has involved violence, aggressive or brutal conduct, or a failure to control sexual impulses. Thirdly, it must be established that the pattern of conduct is very likely to continue and to result in the kind of suffering against which the section seeks to protect, namely, conduct endangering the life, safety or physical well-being of others or, in the case of sexual offences, conduct causing injury, pain or other evil to other persons. Also explicit in one form or another in each subparagraph of s. 687 is the requirement that the court must be satisfied that the pattern of conduct is substantially or pathologically intractable. Finally, the court has the discretion not to designate the offender as dangerous or to impose an indeterminate sentence, even in circumstances where all of these criteria are met.

et aux circonstances particulières de l'affaire. Il me semble que les critères législatifs énoncés à l'art. 688, auxquels il faut satisfaire pour que des délinquants puissent être qualifiés de dangereux et pour qu'ils soient condamnés en conséquence, tendent, mais d'une manière non concluante, à indiquer que les dispositions en cause ne violent pas l'art. 12. Je dis bien «d'une manière non concluante» car, comme nous allons le constater, ce n'est que lorsqu'on interprète l'art. 688 en fonction du régime dans son ensemble que les dispositions en question peuvent être déclarées valides.

En premier lieu, ces dispositions s'appliquent uniquement aux personnes reconnues coupables de «sévices graves à la personne» au sens de l'art. 687. Chacune de ces infractions se rapporte à une conduite ayant pour effet d'exposer d'autres personnes à un grand danger physique ou de leur occasionner un préjudice psychologique grave. Il est révélateur à ce propos que lesdites infractions entraînent une peine maximale obligatoire d'au moins dix ans d'emprisonnement. En deuxième lieu, on doit convaincre la cour que l'infraction dont la personne a été reconnue coupable n'est pas un acte isolé, mais qu'elle fait partie d'un comportement général caractérisé par la violence, par l'agressivité ou la brutalité, ou par l'incapacité à contrôler les impulsions sexuelles. En troisième lieu, on doit établir qu'il est fort probable que ce type de comportement se poursuivra et causera le genre de souffrances contre lesquelles la disposition en cause cherche à offrir une protection, c'est-à-dire les actes constituant une conduite qui met en danger la vie, la sécurité ou le bien-être physique d'autrui ou, dans le cas des infractions sexuelles, une conduite qui cause des sévices ou d'autres maux à autrui. De plus, chaque alinéa de l'art. 687 contient sous une forme ou une autre une exigence explicite que la cour soit convaincue qu'il s'agit d'un type de comportement qui est essentiellement ou pathologiquement irréductible. En dernier lieu, la cour a le pouvoir discrétionnaire de ne pas désigner le délinquant comme dangereux ou de ne pas lui imposer une peine d'une durée indéterminée, et ce, même dans des circonstances où tous les critères susmentionnés ont été remplis.

It seems to me that having concluded that the legislative objectives embodied in Part XXI are not only of substantial importance to society's well-being, but, at least in theory, sufficiently important to warrant limiting certain rights and freedoms, one must equally conclude that the legislative classification of the target group of offenders meets the highest standard of rationality (and I use the word not as a term of art) and proportionality that society could reasonably expect of Parliament. Not only has a diligent attempt been made to carefully define a very small group of offenders whose personal characteristics and particular circumstances militate strenuously in favour of preventive incarceration, but it would be difficult to imagine a better tailored set of criteria that could effectively accomplish the purposes sought to be attained.

However, the legislative classification of offenders as dangerous is only one aspect of the "means analysis" under s. 12. It is equally important to consider the constitutional validity, under s. 12, of the actual "treatment meted out". There can be no doubt that detention *per se*, and preventive detention in particular, is not cruel and unusual in the case of dangerous offenders, for the group to whom the legislation applies has been functionally defined so as to ensure that persons within the group evince the very characteristics that render such detention necessary.

It is argued, however, that it is not the detention itself but its indeterminate quality that harbours the potential for cruel and unusual punishment. And it is difficult to deny that the effects of an indeterminate sentence on a dangerous offender must be profoundly devastating. It has, for instance, been argued before the Court that the imposition of an indeterminate sentence, because of its uncertainty, saps the will of an offender, removing any incentive to rehabilitate himself or herself. However, this is equally true of a "determinate" life sentence such as is provided for by s. 306(1)(b). Indeed, in view of the provisions regarding parole it is possible, at least theoretical-

Ayant conclu que les objets législatifs de la partie XXI sont non seulement d'une importance considérable pour le bien-être de la société, mais encore qu'ils sont, du moins en théorie, suffisamment importants pour justifier la restriction de certains droits et libertés, il me semble qu'on doit également conclure que la classification législative du groupe cible de délinquants satisfait à la norme de rationalité (terme auquel je ne prête aucun sens technique) et de proportionnalité la plus élevée à laquelle la société peut raisonnablement s'attendre de la part du législateur. En effet, non seulement le législateur s'est-il efforcé de définir soigneusement un groupe très restreint de délinquants dont les caractéristiques personnelles et la situation particulière militent fortement en faveur d'une incarcération préventive, mais encore il serait difficile d'imaginer un ensemble de critères mieux conçus pour atteindre les objectifs fixés.

Toutefois, la classification législative des délinquants dangereux n'est qu'un aspect de [TRADUCTION] «l'analyse des moyens» fondée sur l'art. 12. Il importe tout autant d'examiner la constitutionnalité, en vertu de l'art. 12, du [TRADUCTION] «traitement accordé». Il ne peut y avoir de doute que la détention en soi et, en particulier, la détention préventive n'ont rien de cruel et d'usité dans le cas des délinquants dangereux, car le groupe auquel les dispositions législatives s'appliquent a été spécifiquement défini pour assurer que les personnes comprises dans ce groupe manifestent les caractéristiques mêmes qui rendent nécessaire cette détention.

On fait cependant valoir que c'est non pas de la détention elle-même mais de son caractère indéterminé que découle le risque qu'elle constitue une peine cruelle et inusitée. Et il est difficile de nier que la condamnation à une peine d'emprisonnement pour une période indéterminée doit avoir sur un délinquant dangereux des effets profondément bouleversants. Par exemple, il a été soutenu devant cette Cour que l'imposition d'une telle peine, en raison de l'incertitude qu'elle comporte, sappe la volonté du délinquant et lui fait perdre toute envie de travailler à sa réinsertion sociale. Il en va toutefois de même d'une peine d'emprisonnement à perpétuité pour une période «déterminée» comme

ly, that a dangerous offender could be released consequent on his first review, three years after the detention was imposed and well in advance of the seven or so years an offender serving a life sentence must serve before his or her first such review. This is, however, rather unrealistic. Evidence before the Court indicated that between 1980-86, only six dangerous offenders were granted day parole, two of whom had served 10-15 years, three, 15-20 years, and one, more than 20 years.

In truth, there is a significant difference between the effect of a Part XXI sentence and other, more typical, sentences. When a person is imprisoned for an absolute and determinate period, there is at least the certainty that the incarceration will end at the termination of that period. The convicted person, during the term of sentence, can remain in a passive state, secure in the knowledge that he or she will be released thereafter. For the offender undergoing an indeterminate sentence, however, the sole hope of release is parole. The ordinary convict, it is true, can also choose to actively affect the length of his or her sentence by attempting to conform his or her behaviour to meet the expectations of the Parole Board. But whatever the legal nature of the interest in the availability of parole may be in general, it seems to me that, as a factual matter, the availability of parole is not as important a factor in deciding whether a determinate sentence is cruel and unusual as it is in assessing the constitutionality of a Part XXI sentence.

This is so because in the context of a determinate sentencing scheme the availability of parole represents an additional, superadded protection of the liberty interests of the offender. In the present context, however, it is, subsequent to the actual imposition of the sentence itself, the sole protection

celle prévue par l'al. 306(1)b). En fait, compte tenu des dispositions relatives à la libération conditionnelle, il est possible, du moins en théorie, qu'un délinquant dangereux puisse être élargi consé-  
 a quement à la première révision de son cas, soit trois ans après que la détention a été imposée et bien avant les sept ans environ qui doivent s'écou-  
 b ler avant que le cas d'un délinquant qui purge une peine d'emprisonnement à perpétuité fasse l'objet  
 d'une première révision. Toutefois, cela est plutôt  
 c irréaliste. La preuve dont dispose cette Cour révèle qu'entre 1980 et 1986 seulement six délinquants dangereux se sont vu accorder une libération conditionnelle de jour; deux d'entre eux avaient purgé de 10 à 15 ans de leur peine, trois autres avaient purgé de 15 à 20 ans et le dernier, plus de 20 ans.

En vérité, il existe une différence considérable  
 a entre l'effet d'une peine imposée en vertu de la partie XXI et celui d'autres peines plus typiques. Quand une personne se fait emprisonner pour une période absolue et déterminée, il y a au moins la certitude que l'incarcération ne durera pas plus  
 e longtemps que la période fixée. La personne condamnée peut alors adopter une attitude passive en étant assurée d'être libérée une fois cette période écoulée. Pour le délinquant qui purge une peine  
 f d'une durée indéterminée, il n'y a cependant pas d'autre espoir que la libération conditionnelle. Il est vrai que le détenu ordinaire peut également  
 g choisir de travailler activement à la réduction de sa peine en essayant d'adopter une conduite conforme aux attentes de la Commission des libérations conditionnelles. Cependant, quelle que puisse être en général la nature juridique de l'intérêt à ce qu'il y ait possibilité d'obtenir une libération condition-  
 h nelle, il me semble que, sur le plan factuel, une telle possibilité joue moins lorsqu'il s'agit de déci-  
 i der si une peine d'une durée déterminée est cruelle et inusitée que lorsqu'il s'agit d'apprécier la constitutionnalité d'une peine imposée en vertu de la partie XXI.

Cela tient à ce que, dans un régime de peines d'une durée déterminée, la possibilité d'obtenir une libération conditionnelle représente une mesure surajoutée de protection des intérêts du délinquant en matière de liberté. Dans le présent contexte, cependant, une fois la peine imposée, elle constitue

of the dangerous offender's liberty interests. Indeed, from the point of view of the dangerous offender his or her detention is never complete until it is factually complete. In this sense, each opportunity for parole will appear to the dangerous offender as the sole mechanism for terminating his or her detention, for rendering it certain. Moreover, it is clear that an enlightened inquiry under s. 12 must concern itself, first and foremost, with the way in which the effects of punishment are likely to be experienced. Seen in this light, therefore, the parole process assumes the utmost significance for it is that process alone that is capable of truly accommodating and tailoring the sentence to fit the circumstances of the individual offender.

In my opinion, if the sentence imposed under Part XXI was indeterminate, *simpliciter*, it would be certain, at least occasionally, to result in sentences grossly disproportionate to what individual offenders deserved. However, I believe that the parole process saves the legislation from being successfully challenged under s. 12, for it ensures that incarceration is imposed for only as long as the circumstances of the individual case require.

When an indeterminate sentence is imposed, Part XXI provides for periodic review, for the purposes of determining whether parole should be granted, of the "condition, history and circumstances of that person" after the first three years of detention and every two years thereafter. Section 695.1 provides as follows:

**695.1** (1) Subject to subsection (2), where a person is in custody under a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period, the National Parole Board shall, forthwith after the expiration of three years from the day on which that person was taken into custody and not later than every two years thereafter, review the condition, history and circumstances of that person for the purpose of determining whether he should be granted parole under the *Parole Act* and, if so, on what conditions.

la seule mesure de protection des intérêts du délinquant dangereux en matière de liberté. En fait, pour le délinquant dangereux, sa détention ne prend fin qu'au moment où elle est effectivement complétée. Dans ce sens, chaque possibilité de mise en liberté conditionnelle lui paraîtra comme l'unique moyen de mettre fin à sa détention, de faire en sorte que sa durée soit certaine. Il est en outre évident qu'une enquête éclairée menée en vertu de l'art. 12 doit porter d'abord et avant tout sur la façon dont se feront probablement sentir les effets du châtement. Par conséquent, vu sous cet angle, le processus de libération conditionnelle revêt une importance capitale, car seul ce processus permet vraiment d'adapter la peine à la situation de chaque délinquant.

À mon avis, si la peine imposée sous le régime de la partie XXI était pour une période indéterminée, purement et simplement, il en résulterait certainement, du moins parfois, des peines exagérément disproportionnées à ce que mériteraient des délinquants. Toutefois, j'estime que le processus de la libération conditionnelle vient empêcher que les dispositions législatives en cause ne puissent être contestées avec succès en vertu de l'art. 12, car ce processus est le gage d'une incarcération qui ne durera dans chaque cas que le temps dicté par les circonstances.

Lorsque la peine imposée est pour une durée indéterminée, la partie XXI prévoit qu'on doit examiner «les antécédents et la situation des personnes mises sous garde» à l'expiration des trois premières années de détention et à tous les deux ans par la suite, afin de déterminer s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle. L'article 695.1 dispose:

**695.1** (1) Sous réserve du paragraphe (2), la Commission nationale des libérations conditionnelles doit examiner les antécédents et la situation des personnes mises sous garde en vertu d'une sentence de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée dès l'expiration d'un délai de trois ans à compter du jour où ces personnes ont été mises sous garde et, par la suite, tous les deux ans au plus tard, afin d'établir s'il y a lieu de les libérer conformément à la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* et, dans l'affirmative, à quelles conditions.

(2) Where a person is in custody under a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period that was imposed before the *Criminal Law Amendment Act, 1977* came into force, the National Parole Board shall, at least once in every year, review the condition, history and circumstances of that person for the purpose of determining whether he should be granted parole under the *Parole Act* and, if so, on what conditions.

The criteria in light of which an application for parole is considered are specified in s. 10(1)(a) of the *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2:

10. (1) The Board may

(a) grant parole to an inmate, subject to any terms or conditions it considers desirable, if the Board considers that

(i) in the case of a grant of parole other than day parole, the inmate has derived the maximum benefit from imprisonment,

(ii) the reform and rehabilitation of the inmate will be aided by the grant of parole, and

(iii) the release of the inmate on parole would not constitute an undue risk to society;

While the criteria embodied in s. 10(1)(a) do not purport to replicate the factual findings required to sentence the offender to an indeterminate term of imprisonment, they do afford a measure of tailoring adequate to save the legislation from violating s. 12. It must be remembered that the offender is being sentenced indeterminately because at the time of sentencing he was found to have a certain propensity. The sentence is imposed "in lieu of any other sentence" that might have been imposed and, like any other such sentence, must be served according to its tenor. The offender is not being sentenced to a term of imprisonment until he is no longer a dangerous offender. Indeed, s. 695.1 provides that the circumstances of the offender be reviewed for the purpose of determining whether parole should be granted and, if so, on what conditions; it does not provide that the label of dangerous offender be removed or altered. Finally, the very words of s. 695.1 of the *Code* and s. 10(1)(a) of the *Parole Act* establish an ongoing process for rendering the sentence meted out to a

(2) La Commission nationale des libérations conditionnelles doit, au moins une fois par an, examiner les antécédents et la situation des personnes mises sous garde en vertu d'une sentence de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée imposée avant l'entrée en vigueur de la *Loi de 1977 modifiant le droit pénal* afin d'établir s'il y a lieu de les libérer conformément à la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* et, dans l'affirmative, à quelles conditions.

Les critères en fonction desquels doit être examinée une demande de libération conditionnelle sont précisés à l'al. 10(1)a) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, chap. P-2:

10. (1) La Commission peut

a) accorder la libération conditionnelle à un détenu, sous réserve des modalités qu'elle juge opportunes, si la Commission considère que

(i) dans le cas d'un octroi de libération conditionnelle autre qu'une libération conditionnelle de jour, le détenu a tiré le plus grand avantage possible de l'emprisonnement,

(ii) l'octroi de la libération conditionnelle facilitera le redressement et la réhabilitation du détenu, et

(iii) la mise en liberté du détenu sous libération conditionnelle ne constitue pas un risque indu pour la société;

Bien que les critères que renferment l'al. 10(1)a) ne soient pas supposés reproduire les conclusions de fait sur lesquelles doit reposer la décision de condamner le délinquant à une peine d'emprisonnement pour une période indéterminée, ils offrent tout de même des possibilités d'adaptation suffisantes pour que les dispositions en cause n'aillent pas à l'encontre de l'art. 12. Il faut se rappeler que, si le délinquant se voit condamner à une peine d'une durée indéterminée, c'est parce qu'au moment de la condamnation on a jugé qu'il avait une propension à un certain type de conduite. Cette peine est imposée «au lieu de toute autre peine» qui aurait pu être infligée et, comme toute autre peine, elle doit être purgée intégralement. Le délinquant n'est pas condamné à purger une peine d'emprisonnement jusqu'à ce qu'il ne soit plus dangereux. L'article 695.1 prescrit d'ailleurs l'examen de la situation du délinquant afin d'établir s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle et, dans l'affirmative, à quelles conditions; cet article n'exige ni la suppression ni la modification du



dangerous offender one that accords with his or her specific circumstances.

It may be argued that the legislation could be better tailored. For example, it might have been argued that the review process should focus solely on whether the offender continued to possess the characteristics that defined him or her as a proper subject of indeterminate detention. Indeed, one might say that to ask, as the Parole Board does, whether the individual has been reformed or rehabilitated, is to pose a question that *ex hypothesi* cannot be answered affirmatively, for it was implicit in the designation of the offender as dangerous that he or she was not amenable to rehabilitation by usual means. However, this argument must be rejected for a number of reasons.

To begin with, the criteria actually used serve to emphasize the point made earlier in this judgment that sentencing, even under Part XXI, embodies a complex of penological objectives. I do not think it can be argued, either as a matter of logic or of common sense, that by virtue of a decision to sentence an offender according to considerations based primarily on prevention, other equally valid, subsisting penal goals cease to be relevant. To reiterate, protecting society from the dangerous offender never wholly supplants the other legitimate objectives embodied in a Part XXI sentence.

Seen in this light it would be preposterous to require of dangerous offenders only that they demonstrate to the Parole Board that they have ceased to be "dangerous" (in terms identical to those used in Part XXI), for this would require of them a lesser showing than is required of other convicts. It seems to me that had s. 695.1 provided

qualificatif de «délinquant dangereux». Finalement, le texte même de l'art. 695.1 du *Code* et celui de l'al. 10(1)a) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* créent un processus permanent qui permet que la peine infligée à un délinquant dangereux soit adaptée à sa situation particulière.

On peut faire valoir que les dispositions en cause auraient pu être mieux adaptées. Par exemple, on aurait peut-être pu prétendre que le processus de révision devrait viser uniquement à déterminer si le délinquant possède encore les caractéristiques qui ont fait qu'il pouvait se voir infliger une peine de détention pour une durée indéterminée. En vérité, on pourrait affirmer que se demander, comme le fait la Commission des libérations conditionnelles, s'il y a eu amendement ou réadaptation de l'individu, revient à poser une question qui, par hypothèse, ne peut recevoir une réponse affirmative, car il découle implicitement de ce que le délinquant a été qualifié de dangereux que les méthodes habituellement employées pour assurer la réinsertion sociale seraient inefficaces dans son cas. Plusieurs raisons militent toutefois en faveur du rejet de cet argument.

En premier lieu, les critères dont on se sert en fait viennent renforcer le point de vue déjà exprimé dans les présents motifs, selon lequel la détermination de la peine, même en vertu de la partie XXI, vise un ensemble complexe d'objectifs pénologiques. À mon avis, ni la logique ni le bon sens ne permettent de soutenir que, en raison d'une décision d'établir la peine d'un délinquant en fonction de considérations fondées principalement sur la prévention, d'autres buts pénaux tout aussi valables cessent d'être pertinents. Je le répète, la protection de la société contre les délinquants dangereux ne supprime jamais tout à fait les autres objectifs légitimes visés par une peine prononcée en vertu de la partie XXI.

Dans cette optique, il serait absurde d'exiger des délinquants dangereux qu'ils prouvent simplement à la Commission des libérations conditionnelles qu'ils ne sont plus «dangereux» (pour reprendre le terme employé à la partie XXI), car ce serait là une exigence moins lourde que celle posée dans le cas d'autres détenus. Il me semble que, si l'art.

for a “dangerous offender review”, rather than a parole review, but borrowed the identical criteria employed in the *Parole Act*, it would perhaps be more readily apparent that the review provided for does, indeed, accomplish the requisite tailoring sufficient to sustain the legislative scheme as a whole. Section 10(1)(a)(iii) requires the Board to consider whether the release of the inmate would constitute an “undue risk” to society; if the accused continues to be dangerous then, by definition, this criterion remains unsatisfied. Section 10(1)(a) also requires that the Board be satisfied that the inmate has derived the maximum benefit from incarceration and that the inmate’s reform and rehabilitation would be aided by release.

These criteria seem to me to be no less pertinent reflections of society’s concerns in releasing dangerous offenders than they are in releasing other offenders. The fact that dangerous offenders may be less likely to satisfy these requirements is primarily a function of their dangerousness, not of the punishment imposed. Of course, the imposition of an indeterminate sentence may, like all sentences, sap the will of the offender to rehabilitate himself or herself. However, I would have thought the incentive to reform is far greater, at least theoretically, in the case of a dangerous offender. In this regard, I note that the availability of parole has been seen to validate mandatory life sentences in the context of similarly motivated legislation in the United States (see *Solem v. Helm, supra, per Powell J.*, for the majority).

Furthermore, I am not sure that to inquire into the presence or absence of less restrictive means is wholly compatible with the insistence of this Court in *Smith, supra*, that s. 12 only redress punishment that is grossly disproportionate to the circumstances of any given case. The word “grossly”, it seems to me, reflects this Court’s concern not to hold Parliament to a standard so exacting, at least

695.1 avait prévu un «examen portant sur la qualité de délinquant dangereux» plutôt qu’un examen en vue de la libération conditionnelle, mais qu’il eût adopté des critères identiques à ceux énoncés dans la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, il serait peut-être bien plus évident que l’examen prévu réalise en fait le degré d’adaptation requis pour assurer la validité du régime législatif dans son ensemble. Le sous-alinéa 10(1)a)(iii) oblige la Commission à se demander si la mise en liberté du détenu constituerait un «risque indu» pour la société; si l’accusé continue d’être dangereux, alors, par définition, ce critère n’est pas rempli. De plus, l’al. 10(1)a) exige que la Commission soit convaincue que le détenu a tiré le plus grand avantage possible de l’incarcération et que son élargissement facilitera son amendement et sa réadaptation.

En tant que manifestations des préoccupations de la société, ces critères ne me semblent pas moins pertinents relativement à la libération de délinquants dangereux qu’ils ne le sont à l’égard de l’élargissement d’autres délinquants. S’il est moins probable que les délinquants dangereux puissent satisfaire auxdits critères, cela tient surtout à la dangerosité de ces délinquants et non pas à la peine imposée. Bien entendu, une peine d’une durée indéterminée risque, comme n’importe quelle peine d’ailleurs, de saper la volonté de réadaptation du délinquant. J’estime cependant que, théoriquement du moins, il y a un plus grand encouragement à se corriger dans le cas du délinquant dangereux. À ce propos, je fais remarquer que la possibilité d’obtenir une libération conditionnelle a été considérée comme justifiant des peines d’emprisonnement à perpétuité obligatoires dans le contexte de dispositions législatives américaines adoptées dans un but analogue (voir *Solem v. Helm*, précité, le juge Powell, au nom de la majorité).

De plus, je ne suis pas entièrement certain que la tenue d’une enquête sur l’existence ou l’inexistence de moyens moins restrictifs soit tout à fait compatible avec l’opinion exprimée énergiquement par cette Cour dans l’arrêt *Smith*, précité, selon laquelle l’art. 12 ne fournit un redressement que lorsque la peine imposée est exagérément disproportionnée aux circonstances dans un cas donné.

in the context of s. 12, as to require punishments to be perfectly suited to accommodate the moral nuances of every crime and every offender.

I would, therefore, conclude that Part XXI does not violate s. 12 of the *Charter*.

Before leaving this issue, however, I would make one further comment. The conclusion that the liberty interest of a dangerous offender that is at stake in any parole hearing is, as a practical matter, different from that of "ordinary" offenders serving determinate sentences might affect the way in which the procedural adequacy of the review procedure might be viewed. However, in view of my conclusion that the dangerous offender is not being treated in a substantively unfair manner, and in view of the statement by Lamer J. in *Smith, supra*, at p. 1075 that "s. 12 is concerned with the effect of a punishment and, as such, the process by which the punishment is imposed is not . . . of any great relevance to a determination under s. 12", I will postpone consideration of this matter for scrutiny under s. 7 when I turn to a discussion of some of the more specifically procedural issues.

C. *Does Part XXI Violate s. 9 of the Charter by Authorizing Arbitrary Detention or Imprisonment?*

Counsel for the appellant contended that Part XXI violates the right of persons not to be arbitrarily detained or imprisoned, contrary to s. 9 of the *Charter*. He suggested that Part XXI results in arbitrary detention in the following respects: the test of "likelihood" under Part XXI is unconstitutionally vague; the labelling of persons as dangerous offenders is arbitrary since it is based on inherently unreliable psychiatric evidence; and there are no guidelines with respect to the invocation of Part XXI such that the prosecutor has

Le mot «exagérément», me semble-t-il, traduit le souci qu'avait cette Cour de ne pas astreindre le législateur à une norme à ce point sévère, tout au moins dans le contexte de l'art. 12, qu'elle exigeait des peines parfaitement adaptées aux nuances morales qui caractérisent chaque crime et chaque délinquant.

Je conclus donc que la partie XXI ne constitue pas une violation de l'art. 12 de la *Charte*.

Avant toutefois de passer à autre chose, je me permets de faire une autre observation. Si l'on devait conclure qu'il existe sur le plan pratique une différence entre l'intérêt qu'a un délinquant dangereux en matière de liberté, qui est en jeu dans toute audience visant à déterminer s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle, et ce même intérêt lorsqu'il s'agit de délinquants «ordinaires» qui purgent des peines d'une durée déterminée, cela risquerait d'influer sur l'opinion qu'on se ferait quant au caractère adéquat, au point de vue formel, du processus de révision. Cependant, étant donné ma conclusion que les délinquants dangereux ne font pas l'objet d'un traitement foncièrement injuste et compte tenu du fait que le juge Lamer a affirmé, à la p. 1075 de l'arrêt *Smith*, précité, que «l'art. 12 vise l'effet d'une peine et [...] la façon, comme telle, dont la peine est infligée n'est pas très pertinente dans le cas d'une décision fondée sur l'art. 12», je me propose d'examiner ce point dans le contexte de l'art. 7 lorsque j'aborderai quelques-unes des questions qui touchent plus précisément la procédure.

C. *La partie XXI viole-t-elle l'art. 9 de la Charte en permettant la détention ou l'emprisonnement arbitraires?*

L'avocat de l'appelant a fait valoir que la partie XXI porte atteinte au droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires, garanti par l'art. 9 de la *Charte*. Selon l'avocat, la détention prévue par la partie XXI est arbitraire pour les raisons suivantes: le critère de la «vraisemblance» aux fins de la partie XXI est vague au point d'être inconstitutionnel; la désignation de certaines personnes comme délinquants dangereux est arbitraire car elle est fondée sur une preuve psychiatrique qui est récusable en soi; de plus, il

unfettered discretion as to when to make a dangerous offender application.

This Court has not yet pronounced on the scope of s. 9 and the meaning of the words “arbitrarily detained or imprisoned” and I do not think this would be an appropriate case to do so. The issue was not strenuously argued by the parties or examined in depth in the courts below. More to the point, however, is that, in my view, even assuming s. 9 were given the broadest possible interpretation, the appellant’s submissions in this regard must fail.

There has been considerable controversy in the lower courts as to whether the ambit of protection afforded by s. 9 extends to imprisonment or detention specifically authorized under existing law or whether s. 9 is *ipso facto* satisfied when imprisonment is imposed in accordance with legislative requirements (see the cases canvassed in *R. v. Konechny* (1983), 38 C.R. (3d) 69, per Lambert J.A., dissenting, at pp. 70-71). However, assuming that the right to attack a sentence under s. 9 is not foreclosed by the fact that it is legislatively prescribed, and that the statutory procedures have been judicially complied with (see *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225 (Ont. H.C.), per Linden J., at p. 239), it seems to me that in no sense of the word can the imprisonment resulting from the successful invocation of Part XXI be considered “arbitrary”. Indeed, when one fleshes out the specific submissions of the appellant in this regard they appear to be merely attempts to recast issues considered elsewhere in this judgment. For example, although the first two submissions made under this heading are directed to the alleged lack of proportionality or adequacy, in constitutional terms, of the legislative means to the objectives sought to be attained, they are not independently addressed to the arbitrary nature of the imprisonment. To the extent that these arguments reflect the appellant’s concern that the procedure for the designation of

n’existe aucune ligne directrice relativement au recours à la partie XXI, si bien que l’avocat de la poursuite jouit d’un pouvoir discrétionnaire illimité de décider dans quelles circonstances il présentera une demande visant à faire déclarer un délinquant dangereux.

Cette Cour ne s’est pas encore prononcée sur la portée de l’art. 9 ni sur le sens de l’expression «détention ou . . . emprisonnement arbitraires» et, à mon avis, il ne s’agirait guère que nous le fassions en l’espèce. Les parties n’ont pas insisté sur ce point et il n’a pas non plus fait l’objet d’un examen approfondi devant les instances inférieures. Ce qui importe cependant est que, selon moi, même à supposer que l’art. 9 reçoive l’interprétation la plus large possible, les arguments de l’appelant à cet égard doivent être rejetés.

Devant les tribunaux d’instance inférieure, il y a eu une vive controverse au sujet de la question de savoir si la protection accordée par l’art. 9 joue dans le cas d’un emprisonnement ou d’une détention expressément autorisés par une loi existante ou si les exigences de l’art. 9 sont remplies automatiquement du moment que l’emprisonnement est imposé conformément aux exigences de la loi (voir la jurisprudence examinée dans l’arrêt *R. v. Konechny* (1983), 38 C.R. (3d) 69, le juge Lambert, dissident, aux pp. 70 et 71). Si toutefois on suppose que le fait qu’une peine soit prescrite par un texte législatif ne l’empêche pas de faire l’objet d’une contestation fondée sur l’art. 9 et si l’on tient pour acquis que les tribunaux ont respecté la procédure établie par la loi (voir *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225 (H.C. Ont.), le juge Linden, à la p. 239), il me semble que, dans aucun sens du terme, l’emprisonnement qui s’ensuit lorsqu’une demande fondée sur la partie XXI est accueillie ne peut être considéré comme «arbitraire». En fait, lorsqu’on examine de près chacun des arguments de l’appelant sur ce point, ils se présentent comme de simples tentatives de reformuler des questions étudiées ailleurs dans ces motifs. Par exemple, bien que les deux premiers arguments avancés sous cette rubrique portent que, sur le plan constitutionnel, les moyens législatifs adoptés sont disproportionnés ou insuffisants par rapport aux objectifs recherchés, ils ne

offenders as dangerous is, in general terms, impermissibly unfair, I will address these arguments later under s. 7, where they properly belong. Similarly, to the extent that they belie a fear that punishment is being imposed without due concern for the circumstances of the particular offender, I have already addressed these arguments under s. 12.

However, even giving the word "arbitrary" its broadest signification, it is readily apparent that not only is the incarceration statutorily authorized, but that the legislation narrowly defines a class of offenders with respect to whom it may properly be invoked, and prescribes quite specifically the conditions under which an offender may be designated as dangerous. If these criteria are themselves unconstitutional, it is because they otherwise fail adequately to safeguard the liberty of the individual, not because they are arbitrary. Indeed, as Ewaschuk J. observed in *Re Moore, supra*, at p. 314, "... the legislative criteria for finding a person a dangerous offender [are] perhaps the most detailed and demanding in the *Criminal Code*". Moreover, implicit in my discussion of the s. 12 issue is the common sense conclusion that the criteria in Part XXI are anything but arbitrary in relation to the objectives sought to be attained; they are clearly designed to segregate a small group of highly dangerous criminals posing threats to the physical or mental well-being of their victims.

As I see it, then, the sole issue left for consideration under s. 9 is whether the lack of uniformity in the treatment of dangerous persons that arises by virtue of the prosecutorial discretion to make an application under Part XXI constitutes unconstitutional arbitrariness. The appellant is not suggesting that prosecutors, in his case or generally, have

visent pas d'une manière indépendante le caractère arbitraire de l'emprisonnement. Dans la mesure où ces arguments traduisent l'appréhension de l'appellant que la procédure de désignation des délinquants dangereux soit, de manière générale, injuste au point de dépasser les bornes de ce qui est permis, je les aborderai plus loin dans le contexte de l'art. 7, comme il convient d'ailleurs de le faire. De même, pour autant que lesdits arguments traduisent la crainte qu'on n'impose une peine sans prendre dûment en considération la situation particulière du délinquant, je les ai déjà examinés dans mon étude fondée sur l'art. 12.

Toutefois, même si l'on donne au mot «arbitraire» son sens le plus large, on se rend vite compte que non seulement l'incarcération est-elle autorisée par la loi, mais que les dispositions pertinentes définissent une catégorie restreinte de délinquants à l'égard desquels ces dispositions peuvent être légitimement invoquées, et qu'elles prescrivent en des termes on ne peut plus précis à quelles conditions un délinquant peut être désigné comme dangereux. Si ces critères sont eux-mêmes frappés d'inconstitutionnalité, c'est parce que, par ailleurs, ils ne protègent pas adéquatement la liberté individuelle et non parce qu'ils sont arbitraires. En réalité, comme l'a souligné le juge Ewaschuk dans la décision *Re Moore*, précitée, à la p. 314, [TRADUCTION] «... les critères législatifs à remplir pour qu'une personne soit déclarée délinquant dangereux [sont] peut-être les plus détaillés et les plus exigeants du *Code criminel*». De surcroît, mon étude de la question concernant l'art. 12 comporte implicitement la conclusion, commandée par le bon sens, que les critères énoncés à la partie XXI sont loin d'être arbitraires compte tenu des objectifs visés; ils sont nettement conçus pour isoler un petit groupe de criminels extrêmement dangereux qui présentent un danger pour le bien-être physique ou mental de leurs victimes.

M'est donc avis que la seule question qui reste à examiner dans le contexte de l'art. 9 est celle de savoir si le manque d'uniformité dans le traitement réservé aux personnes dangereuses, qui résulte du pouvoir discrétionnaire qu'a la poursuite de faire une demande en vertu de la partie XXI, présente un caractère arbitraire inconstitutionnel. L'appe-

exercised their discretion arbitrarily in this regard. Indeed, the affidavit evidence filed by the Crown in the companion case of *R. v. Milne* indicates that from 1978-86, an average of only seven persons per year were sentenced under Part XXI. On average, each offender committed 12.12 offences, 2.2 of which were violent and 3.53 of which were sexual in nature. This suggests that the legislation has, in general, not been abused. I have no doubt that if and when it is alleged that a prosecutor in a particular case was motivated by improper or arbitrary reasons in making a Part XXI application, a s. 24 remedy would lie. However, I do not think there is any warrant for presuming the executive will act unconstitutionally or for improper purposes.

More important, however, is the fact that prosecutors always have a discretion in prosecuting criminals to the full extent of the law, an aspect of which involves making sentencing submissions. In this respect, I am in complete agreement with Crown counsel's submission that "... it is the absence of discretion which would, in many cases, render arbitrary the law's application". As he notes, "the absence of any discretion with respect to Part XXI would necessarily require the Crown to always proceed under Part XXI if there was the barest *prima facie* case and the Court, upon making a finding that the offender is a dangerous offender, would always be required to impose an indeterminate sentence".

The foregoing also dispenses with the argument, not pursued here, that the judge ought not to have discretion with respect to whether he or she sentences an offender found to be dangerous to an indeterminate sentence. As Ewaschuk J. stated in *Re Moore, supra*, at p. 310, the offender cannot be heard to complain of a discretion that can only

lanc ne laisse pas entendre que les poursuivants, dans son propre cas ou en général, ont exercé arbitrairement leur pouvoir discrétionnaire à cet égard. En fait, il ressort des affidavits soumis en preuve par le ministère public dans l'arrêt *R. c. Milne*, entendu en même temps que le présent arrêt, que, de 1978 à 1986, seulement sept personnes par année en moyenne ont été condamnées sous le régime de la partie XXI. La moyenne des infractions commises par chaque délinquant était de 12,12, dont 2,2 violentes et 3,53 de caractère sexuel. Voilà qui porte à croire que, d'une manière générale, on n'a pas abusé des dispositions législatives en question. Je n'ai d'ailleurs aucun doute que, s'il était allégué dans une affaire donnée qu'en présentant une demande fondée sur la partie XXI la poursuite était motivée par des considérations illégitimes ou arbitraires, l'art. 24 offrirait une voie de recours. J'estime néanmoins que rien ne justifie la présomption que le pouvoir exécutif agira inconstitutionnellement ou irrégulièrement.

Un point plus important toutefois est le fait que la poursuite jouit toujours du pouvoir discrétionnaire d'aller jusqu'aux limites permises par la loi en poursuivant les criminels, ce qui comporte la présentation d'observations concernant la peine à imposer. À cet égard, je souscris entièrement au point de vue de l'avocat de la poursuite qui a fait valoir que [TRADUCTION] «... c'est l'absence de pouvoir discrétionnaire qui, bien souvent, rendrait arbitraire l'application de la loi». Comme le souligne l'avocat de la poursuite, [TRADUCTION] «[l']absence de tout pouvoir discrétionnaire relativement à la partie XXI nécessiterait que le ministère public procède toujours en vertu de cette partie dès lors qu'il y aurait une preuve, si faible fût-elle, suffisante à première vue et la cour, après avoir décidé que le délinquant est dangereux, se verrait toujours dans l'obligation d'imposer une peine d'une durée indéterminée».

Ces observations réfutent en outre l'argument, qui d'ailleurs n'a pas été soulevé en cette Cour, selon lequel le juge ne devrait pas détenir un pouvoir discrétionnaire pour ce qui est de décider d'imposer à un délinquant jugé dangereux une peine d'une durée indéterminée. Comme l'a dit le juge Ewaschuk dans la décision *Re Moore*, préci-

operate to the offender's benefit. Indeed, it is apparent that one feature of s. 5(2) of the *Narcotic Control Act* that disturbed this Court in *Smith, supra*, was the very fact that the imposition of sentence followed automatically upon conviction.

The remaining argument is that the prosecutorial discretion results in a geographical lack of uniformity and that this constitutes impermissible arbitrariness. However, the appellant is not arguing, as the accused did in *Morgentaler v. The Queen* that this lack of uniformity is mandated by the terms of the legislation (which may or may not be a meritorious argument). Rather, this argument appears to recast the prosecutorial discretion argument. Moreover, variation among provinces in this regard may be inevitable and, indeed, desirable, in a country where a federal statute is administered by local authorities. In any event, it may be observed parenthetically that while the affidavit evidence suggests that dangerous offender applications are made more frequently in British Columbia (25% of all such applications) and, perhaps surprisingly, never in Quebec, Newfoundland, Manitoba or Prince Edward Island, no attempt has been made to explain the significance of this data, for example, by relating it to the relevant population of offenders potentially coming within the provisions of Part XXI.

Having dealt with the broader issues, I now turn to the more specifically procedural issues raised by the appellant.

D. *Are the Part XXI Procedures by Which this Deprivation of Liberty is Occasioned and Reviewed Fundamentally Unfair?*

(i) Does Section 11(f) of the Charter Require a Jury Hearing of a Part XXI Application?

tée, à la p. 310, le délinquant ne saurait contester un pouvoir discrétionnaire qui ne peut jouer qu'en sa propre faveur. De fait, il est évident qu'un aspect du par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants* qui inquiétait cette Cour dans l'affaire *Smith*, précitée, était le fait même qu'une peine était infligée automatiquement à la suite d'une déclaration de culpabilité.

Reste l'argument selon lequel le pouvoir discrétionnaire dont jouit la poursuite conduit à un manque d'uniformité dans les différentes régions, ce qui constitue précisément le type d'arbitraire qui est proscrit. L'appellant en l'espèce, contrairement à l'accusé dans l'affaire *Morgentaler v. The Queen*, ne soutient pas cependant que ce manque d'uniformité découle du texte de la loi (point de vue qui peut ou non être fondé). Il paraît plutôt reformuler l'argument relatif au pouvoir discrétionnaire de la poursuite. De plus, il se peut que des variations entre les provinces à cet égard soient inévitables, voire souhaitables, dans un pays où des autorités locales sont appelées à appliquer une loi fédérale. Quoi qu'il en soit, soulignons entre parenthèses que même s'il ressort des affidavits soumis en preuve que les demandes visant à faire déclarer un délinquant dangereux sont présentées plus souvent en Colombie-Britannique (25 pour 100 de toutes les demandes) et que, si surprenant que cela puisse paraître, on n'y a jamais recours au Québec, à Terre-Neuve, au Manitoba ou à l'Île-du-Prince-Édouard, on n'a nullement tenté d'expliquer l'importance de ces données, par exemple en établissant un rapport entre celles-ci et chaque groupe de délinquants relevant potentiellement de la partie XXI.

Ayant examiné les questions de portée générale, j'aborde maintenant les questions de procédure soulevées par l'appellant.

D. *La procédure qui entraîne la privation de liberté et la procédure de révision prévues par la partie XXI sont-elles foncièrement injustes?*

(i) L'alinéa 11f) de la Charte exige-t-il qu'une demande fondée sur la partie XXI soit entendue par un jury?

Section 689(2) of the *Code* provides that an application under Part XXI shall be heard and determined by the court without a jury. The appellant submits that the procedure for designating an offender as dangerous is unfair and contrary to ss. 7 and 11(f) of the *Charter*, in particular, by denying the offender the right to the benefit of a jury's determination of dangerousness. I shall deal with the s. 11(f) issue first.

Section 11(f) of the *Charter* provides that:

11. Any person charged with an offence has the right

(f) ... to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

The key issue, for s. 11 purposes, is whether the Crown application to declare the offender a dangerous offender is equivalent to "charging" the offender with "an offence", for it is obvious that such offenders are liable to detention for periods much longer than five years.

The accepted view in Canada is that the process by which an offender may be designated dangerous is simply part of the sentencing process. In the leading case of *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 373, this Court considered whether an individual had a right under the former habitual offender legislation to elect that the question whether he was an habitual offender be determined by a jury. In that case, the relevant *Code* provision, in contrast to the present legislation, provided for the imposition of a "further sentence" if it was "found by a jury or a judge" that the offender was an habitual criminal. Estey J., for the majority, held that an offender did not have a right to an election even though the allegation stating that the accused was an habitual criminal was contained in the indictment. In his opinion, that allegation did not charge the accused with an offence within the meaning of the relevant *Code* provisions. He stated, at pp. 381-82:

Moreover, ss. 825, 826 and 834 make it clear that Parliament intended the provisions for an election should only apply in certain indictable offences. Being a

Aux termes du par. 689(2) du *Code*, la demande faite en vertu de la partie XXI est entendue et décidée par la cour en l'absence du jury. Or, l'appelant prétend que la procédure par laquelle un délinquant est qualifié de dangereux est injuste et contraire à l'art. 7 et à l'al. 11f) de la *Charte*, du fait notamment que le délinquant se voit priver du droit à ce que ce soit un jury qui décide s'il est dangereux. Commençons par l'al. 11f).

L'alinéa 11f) de la *Charte* est ainsi rédigé:

11. Tout inculpé a le droit:

f) ... de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

La question clé, aux fins de l'art. 11, est de savoir si la demande du ministère public visant à faire déclarer un délinquant dangereux, revient à «inculper» ce délinquant, car il est évident que ces délinquants sont passibles de détention pour des périodes bien plus longues que cinq ans.

Au Canada, le point de vue accepté porte que la procédure par laquelle un délinquant peut être qualifié de dangereux fait simplement partie du processus de détermination de la peine. Dans l'arrêt de principe *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 373, cette Cour s'est demandée si les dispositions de l'époque relatives aux repris de justice reconnaissaient à un particulier le droit de choisir de soumettre à un jury la question de savoir s'il était un repris de justice. Dans cette affaire, la disposition pertinente du *Code*, à la différence des dispositions actuellement en vigueur, prévoyait le prononcé d'une «sentence supplémentaire» si le délinquant était «reconnu repris de justice par un jury ou un juge». Le juge Estey a conclu, au nom de la majorité, que le délinquant ne jouissait pas du droit de faire un choix, même si l'allégation portant qu'il était un repris de justice figurait dans l'acte d'accusation. À son avis, cette allégation ne constituait pas une inculpation de l'accusé au sens des dispositions pertinentes du *Code*. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 381 et 382:

[TRANSDUCTION] En outre, les art. 825, 826 et 834 montrent clairement que le Parlement désirait que les dispositions relatives au choix s'appliquent uniquement à



habitual criminal is not an offence. A charge that an accused is a habitual criminal is added to an indictment for an offence. Though Parliament in this sense contemplated that it should be a part of the indictment, it does not thereby become a part of the offence charged in the indictment. This is made clear by the provisions which require that the accused shall first be arraigned and tried for the offence. Then only if he be guilty of that offence will the court direct its attention to the issue as to his being a habitual criminal and, if so, should there be directed an indeterminate period of preventive detention. Throughout the proceeding the offence or crime charged is treated in every respect, even as to punishment, as separate and distinct from being a habitual criminal. With great respect to those who entertain a contrary opinion, Part XVIII restricts the right to an election to certain indictable offences. The addition of a charge of being a habitual criminal, after the required notice, does not become a part of the offence or crime charged in the indictment. There is, therefore, no right, within the meaning of the provisions of Part XVIII, to a further election upon the crime as charged, when a charge of being a habitual criminal is added to the indictment.

Similarly, Rinfret C.J. appeared to approve of statements made in *R. v. Hunter*, [1921] 1 K.B. 555, where it was said by the Earl of Reading C.J. that the process merely involved the assertion of a status or condition in the accused which would enable the court, if it were established, to deal with him in a certain manner (at pp. 375-76).

Cartwright J. dissented. In his view, the accused should have had an election. He stated, at pp. 391-92:

On the hypothesis that the statement added to the charge sheet stating the appellant to be a habitual criminal was not the charge of an offence, in my opinion that addition had the effect of changing the charge upon which the appellant had made his election to one different in substance, with the result that the appellant never elected to be tried by the learned judge on the charge on which he was tried. In *Rex v. Armitage* [[1939] O.R. 417], the circumstances dealt with were different from

certain acts criminels. Le fait d'être un repris de justice ne constitue pas une infraction. Une accusation portant qu'un inculpé est un repris de justice vient s'ajouter à un acte d'accusation relatif à une infraction. Bien que le Parlement ait voulu à cet égard que le fait d'être un repris de justice fasse partie de l'acte d'accusation, cet élément ne fait pas partie de l'infraction contenue dans ledit acte. Les dispositions qui prévoient que l'inculpé doit d'abord être interpellé et jugé en rapport avec l'infraction l'indiquent clairement. Par la suite, c'est seulement s'il est déclaré coupable de ladite infraction que la cour cherchera à déterminer s'il est un repris de justice et, si tel est le cas, qu'elle verra s'il y a lieu de prescrire une période de détention préventive d'une durée indéterminée. Tout au long de la procédure, l'infraction ou le crime imputé est considéré à tous les égards, même quant à la peine, comme étant séparé et distinct du fait d'être un repris de justice. Avec le plus grand respect pour ceux qui soutiennent le contraire, la partie XVIII limite le droit de faire un choix à certains actes criminels. Une accusation selon laquelle l'inculpé est un repris de justice et qui respecte l'avis prévu ne fait pas partie de l'infraction ou du crime mentionné dans l'acte d'accusation. Il n'existe donc aucun droit, au sens des dispositions de la partie XVIII, de bénéficier d'un choix relativement au crime imputé, lorsqu'une accusation portant que l'inculpé est un repris de justice est ajoutée à l'acte d'accusation.

De même, le juge en chef Rinfret semble avoir approuvé certaines déclarations, faites par le juge en chef le comte de Reading dans l'arrêt *R. v. Hunter*, [1921] 1 K.B. 555, selon lesquelles la procédure consistait simplement à alléguer l'existence d'un état ou d'une condition propres à l'accusé, qui, une fois démontrés, permettraient à la cour de réserver à ce dernier un traitement particulier (aux pp. 375 et 376).

Le juge Cartwright a exprimé une dissidence. Selon lui, on aurait dû permettre à l'accusé de faire un choix. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 391 et 392:

[TRADUCTION] Concernant l'hypothèse voulant que la mention ajoutée à l'acte d'accusation et portant que l'appellant est un repris de justice n'était pas une accusation relative à une infraction, je pense que cette mention a eu pour effet de changer fondamentalement l'accusation concernant laquelle l'appellant avait exercé son droit d'option, ce qui fait que l'appellant n'a jamais choisi de subir son procès devant le savant juge relativement à l'accusation concernant laquelle il a été jugé. Dans

those in the case at bar but I think that case rightly decides that a change in an indictment which makes it possible to impose a longer term of imprisonment in the event of conviction cannot be regarded as an amendment in matter of form only. When, pursuant to s. 827 of the *Code*, the judge stated to the appellant that he was charged with an offence, he described only the offence of breaking and entering and no notice of any sort was conveyed to the appellant that if he elected trial by a judge on that charge he would at the same time be giving up his right to have a jury determine the question whether or not he was a habitual criminal.

The view that this procedure involves proof of a status or condition in the context of a sentencing proceeding was expanded upon in *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14, where Fauteux J., speaking for the majority, stated, at pp. 19-20:

Dealing at first with the applicability of the confession rule: — There are cogent reasons to hold, as did the Court of Appeal for British Columbia, in this case, and the Courts of Appeal for Manitoba and Alberta, respectively, in *Regina v. Johnston* and *Regina v. McKenzie*, that the rule of evidence governing the admissibility of statements made by a person charged with an offence has no application in the case of statements made by a sexual offender to psychiatrists conducting examinations in accordance with recognized normal psychiatric procedures, in order to assist the Court in proceedings under s. 661 of the *Criminal Code*.

One of the reasons flows from the very nature of the issue involved in these proceedings. The issue, in these proceedings which can only be resorted to if the accused has been convicted of a sexual offence, is not whether he should be convicted of another offence, but solely whether he is afflicted by a state or condition that makes him a dangerous sexual offender within the meaning of s. 659(b) of the *Criminal Code*. To be so afflicted is not an offence. As to this aspect of the matter, the line of reasoning adopted by the Court of Criminal Appeal in the *King v. Hunter* and this Court in *Brusch v. The Queen*, holding that a charge of being a habitual criminal is not a charge of an offence but merely the assertion of a status or condition, applies here on a charge of being a dangerous sexual offender. Indeed, a reference to subs. 3 of s. 661 of the *Criminal Code* makes it clear

l'affaire *Rex v. Armitage*, [[1939] O.R. 417], les circonstances n'étaient pas les mêmes qu'en l'espèce, mais je pense que ledit arrêt établit à bon droit qu'une modification apportée à un acte d'accusation et rendant possible l'imposition d'une peine d'emprisonnement plus longue si l'inculpé est déclaré coupable, ne peut être considérée comme une simple modification de forme. Lorsque, conformément à l'art. 827 du *Code*, le juge a déclaré à l'appelant qu'il était accusé d'une infraction, il a uniquement fait mention de l'introduction par effraction et aucun avis n'a été transmis à l'appelant pour l'informer du fait que s'il optait pour un procès devant un juge relativement à ladite accusation, il renonçait par le fait même à son droit d'avoir un jury pour déterminer s'il est un repris de justice.

Le point de vue selon lequel il est nécessaire dans le contexte d'une procédure de détermination de la peine d'établir l'existence d'un état ou d'une condition a été développé dans l'arrêt *Wilband v. The Queen*, [1967] R.C.S. 14, où le juge Fauteux affirme, au nom de la majorité, aux pp. 19 et 20:

[TRADUCTION] Abordons en premier lieu la question de l'applicabilité de la règle relative aux confessions. Il y a de bonnes raisons de conclure, comme l'a fait la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce, la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *Regina v. Johnston* et la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Regina v. McKenzie*, que la règle de preuve régissant l'admissibilité des déclarations d'une personne accusée d'une infraction ne s'applique pas dans le cas des déclarations faites par l'auteur d'une infraction sexuelle aux psychiatres qui procèdent à des examens selon les techniques usuelles reconnues dans le domaine psychiatrique, afin d'aider la cour dans des procédures engagées en vertu de l'art. 661 du *Code criminel*.

L'une de ces raisons découle de la nature même de la question sur laquelle porte de telles procédures, auxquelles on ne peut avoir recours que si l'accusé a été déclaré coupable d'une infraction sexuelle. Cette question est de savoir non pas si l'accusé devrait être reconnu coupable d'une autre infraction, mais uniquement de savoir si son état ou sa condition font de lui un délinquant sexuel dangereux au sens de l'al. 659b) du *Code criminel*. L'existence d'un tel état ou d'une telle condition ne constitue pas une infraction. À ce propos, il y a lieu d'appliquer en l'espèce relativement à une accusation d'être un délinquant sexuel dangereux le raisonnement adopté par la Cour d'appel en matière criminelle dans l'affaire *King v. Hunter* et par cette Cour dans l'affaire *Brusch v. The Queen*. Suivant ce raisonnement, une accusation d'être un repris de justice ne constitue pas

that the object sought by Parliament, in enacting these special provisions, is not to create an offence but to enable the Court, in cases where a sexual offender is found to be a dangerous sexual offender, to pass upon him a further sentence in lieu of or in addition to the sentence passed or which could have been passed for the sexual offence of which he was convicted. These proceedings do not involve the conviction of an offence, but the determination of the sentence which may be pronounced after conviction. The confession rule, which excludes incriminatory statements not affirmatively proved to have been made voluntarily, is a rule which has been designed for proceedings where, broadly speaking, the guilt or innocence of a person charged with an offence is the matter in issue. The rule has not been established for proceedings related to the determination of a sentence. I know of no binding authority holding that its application extends, and can think of no valid reason why it should be held to extend to examinations conducted by psychiatrists, in compliance with subs. 2 of s. 661 of the *Criminal Code*, in order that they could form and subsequently convey to the Court an opinion as to the mental state or condition of a sexual offender. [Emphasis added.]

There would seem to be no warrant for reconsidering the conclusion of this Court that the "labelling" procedure does not constitute the charge of an offence. Nor do I think that a different conclusion can be justified for the purposes of s. 11 of the *Charter*. As I observed in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, the phrase "Any person charged with an offence" in the opening words of the section must be given a constant meaning that harmonizes with the various paragraphs of the section. It seems clear to me that for the purposes of s. 11 it would be quite inappropriate to conclude that a convicted person is charged with an offence when confronted with a Part XXI application. How can it be said that the right to the presumption of innocence until proven guilty (s. 11(d)) and the right to bail (s. 11(e)), for example, could have any application in the context of the unique post-conviction proceeding mandated by Part XXI?

une inculpation d'une infraction, mais simplement l'allégation d'un état ou d'une condition. De fait, il se dégage nettement du par. 661(3) du *Code criminel* que le but visé par le législateur en adoptant ces dispositions spéciales n'est pas de créer une infraction mais bien de permettre à la cour, dans les cas où un délinquant sexuel est jugé dangereux, de lui imposer une peine au lieu ou en sus de celle qui a été infligée, ou qui aurait pu l'être, pour l'infraction sexuelle dont il a été déclaré coupable. Ces procédures consistent non pas à prononcer une déclaration de culpabilité d'une infraction, mais à déterminer la peine qui peut être imposée à la suite de la déclaration de culpabilité. La règle relative aux confessions, qui exclut les déclarations incriminantes dont on n'a pas prouvé formellement le caractère volontaire, a été conçue en vue de s'appliquer aux procédures qui, d'une manière générale, mettent en cause la culpabilité ou l'innocence d'une personne accusée d'une infraction. Elle n'a pas été établie pour s'appliquer à des procédures liées à la détermination d'une peine. Je ne connais aucune décision ayant force obligatoire liée qui établit que cette règle s'applique, et je ne puis voir aucune raison valable de la juger applicable aux examens menés par des psychiatres, conformément au par. 661(2) du *Code criminel*, afin de pouvoir se former une opinion quant à la condition ou à l'état mentaux d'un délinquant sexuel, pour ensuite la communiquer à la cour. [Je souligne.]

Rien ne semblerait justifier une révision de la conclusion de cette Cour que l'attribution d'une «étiquette» ne constitue pas l'imputation d'une infraction. Je ne crois pas non plus que l'art. 11 de la *Charte* justifie une conclusion différente. Comme je l'ai fait observer dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, on doit prêter à l'expression «Tout inculpé», au début de l'article, un sens fixe qui soit en harmonie avec les différents alinéas de cet article. Il me paraît évident qu'aux fins de l'art. 11 il ne s'agirait pas du tout de conclure qu'une personne reconnue coupable d'une infraction se voit inculper d'une autre infraction lorsqu'elle fait l'objet d'une demande fondée sur la partie XXI. Comment peut-on prétendre que le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable (al. 11d)) et le droit d'être mis en liberté sous caution (al. 11e)), par exemple, pourraient jouer dans le contexte de la procédure spéciale prévue à la partie XXI pour des cas où il y a déjà eu déclaration de culpabilité?

(ii) Does Section 7 of the Charter Require a Jury Hearing, and Do the Part XXI Hearing and Review Procedures Otherwise Meet the Standard of Fairness Under that Section?

The conclusion that the appellant is not entitled to the benefit of trial by jury under s. 11(f) does not, however, conclusively decide the question whether he is entitled to a determination by a jury of the question of his dangerousness, or, more generally, whether the procedural incidents of the proceeding are constitutionally adequate to safeguard his liberty. Such questions would appear to fall within the scope of a s. 7 inquiry, for s. 11 does not limit s. 7 but merely serves to illustrate and, perhaps, amplify its potential applications. This approach is consistent with the observations of Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at pp. 502-3 that:

Sections 8 to 14 are illustrative of deprivations of those rights to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice. For they, in effect, illustrate some of the parameters of the "right" to life, liberty and security of the person; they are examples of instances in which the "right" to life, liberty and security of the person would be violated in a manner which is not in accordance with the principles of fundamental justice. To put matters in a different way, ss. 7 to 14 could have been fused into one section, with inserted between the words of s. 7 and the rest of those sections the oft utilised provision in our statutes, "and, without limiting the generality of the foregoing (s. 7) the following shall be deemed to be in violation of a person's rights under this section".

In the context of s. 7, it seems to me that the nature and quality of the procedural protections to be accorded the individual cannot depend on sterile logic or formalistic classifications of the type of proceeding in issue. Rather, the focus must be on the functional nature of the proceeding and on its potential impact on the liberty of the individual.

The American experience is instructive in this context. In *Specht v. Patterson*, 386 U.S. 605 (1967), the petitioner was convicted of the crime of indecent liberties under a Colorado statute which provided for a maximum sentence of ten

(ii) L'article 7 de la Charte exige-t-il qu'il y ait une audience devant un jury, et l'audience ainsi que la procédure de révision que prévoit la partie XXI satisfont-elles par ailleurs à la norme d'équité établie par cette disposition?

La conclusion que l'appellant ne peut pas se prévaloir du droit, garanti par l'al. 11f), de bénéficier d'un procès avec jury n'apporte toutefois pas de solution définitive à la question de savoir s'il a droit à ce que ce soit un jury qui décide s'il est dangereux ou, d'une manière plus générale, si les formalités de la procédure suffisent du point de vue constitutionnel pour sauvegarder sa liberté. Ces questions sembleraient relever d'une enquête fondée sur l'art. 7, car l'art. 11, loin de limiter la portée de l'art. 7, sert simplement à illustrer et peut-être à préciser ses applications possibles. Ce point de vue concorde avec les observations suivantes du juge Lamer dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, aux pp. 502 et 503:

Les articles 8 à 14 sont des exemples d'atteintes à ce droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui vont à l'encontre des principes de justice fondamentale. En effet, ils illustrent certains paramètres du «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne; ce sont des exemples de cas où il y aurait atteinte au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Autrement dit, les art. 7 à 14 auraient pu être fondus en un seul article, en ajoutant, entre le texte de l'art. 7 et les autres articles, la disposition qu'on retrouve souvent dans nos lois «et, sans limiter la généralité de ce qui précède (l'art. 7), ce qui suit est réputé constituer une violation des droits de la personne visés au présent article».

Il me semble que, dans le contexte de l'art. 7, la nature et la qualité des garanties en matière de procédure qu'il faut accorder à l'individu ne sauraient être fonction d'une logique stérile ni d'une classification formaliste du type d'instance dont il s'agit. On doit plutôt mettre l'accent sur le caractère pratique de l'instance et sur l'effet qu'elle risque d'avoir sur la liberté individuelle.

À cet égard, l'expérience américaine est instructive. Dans l'affaire *Specht v. Patterson*, 386 U.S. 605 (1967), le pétitionnaire a été reconnu coupable du crime d'avoir pris des libertés indécentes, prévu par une loi du Colorado qui fixait une peine maxi-

years, but he was sentenced instead under the *Sex Offenders Act* for an indeterminate term, the trial judge having satisfied himself that the offender, "if at large, [would constitute] a threat of bodily harm to members of the public, or is an habitual offender and mentally ill".

On appeal to the Supreme Court, Douglas J., speaking for the Court, stated, at pp. 608-11:

The *Sex Offenders Act* does not make the commission of a specified crime the basis for sentencing. It makes one conviction the basis of commencing another proceeding under another Act to determine whether a person constitutes a threat of bodily harm to the public or is an habitual offender and mentally ill. That is a new finding of fact (*Vanderhoof v. People*, 152 Colo. 147, 149, 380 P. 2d 903, 904) that was not an ingredient of the offense charged. The punishment under the second Act is criminal punishment even though it is designed not so much as retribution as it is to keep individuals from inflicting future harm. *United States v. Brown*, 381 U.S. 437, 458.

The Court of Appeals for the Third Circuit in speaking of a comparable Pennsylvania statute said:

"It is a separate criminal proceeding which may be invoked after conviction of one of the specified crimes. Petitioner therefore was entitled to a full judicial hearing before the magnified sentence was imposed. At such a hearing the requirements of due process cannot be satisfied by partial or niggardly procedural protections. A defendant in such a proceeding is entitled to the full panoply of the relevant protections which due process guarantees in state criminal proceedings. He must be afforded all those safeguards which are fundamental rights and essential to a fair trial, including the right to confront and cross-examine the witnesses against him." *Gerchman v. Maroney*, 355 F. 2d 302, 312.

We agree with that view. Under Colorado's criminal procedure, here challenged, the invocation of the *Sex Offenders Act* means the making of a new charge leading to criminal punishment. The case is not unlike those under recidivist statutes where an habitual crimi-

male de dix ans, mais s'est vu condamner plutôt sous le régime de la *Sex Offenders Act* à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée, car le juge du procès était convaincu que le délinquant, «s'il était en liberté, [présenterait] pour les membres du public une menace de danger physique, ou [qu'] il [était] un repris de justice atteint d'une maladie mentale».

En appel devant la Cour suprême, le juge Douglas, s'exprimant au nom de la Cour, a dit, aux pp. 608 à 611:

[TRADUCTION] La *Sex Offenders Act* ne fait pas reposer la condamnation sur la perpétration d'un crime précis. Elle permet plutôt, dès lors qu'il y a déclaration de culpabilité, d'engager une autre procédure fondée sur une autre loi en vue de déterminer si une personne présente une menace de danger physique pour le public ou si elle est un repris de justice atteint d'une maladie mentale. Il s'agit là d'une nouvelle conclusion de fait (*Vanderhoof v. People*, 152 Colo. 147, 149, 380 P. 2d 903, 904) qui ne constitue pas un élément de l'infraction imputée. La peine infligée sous le régime de la seconde loi est une sanction pénale, bien qu'elle soit conçue moins pour punir que pour empêcher certains gens de causer du préjudice à un moment futur. *United States v. Brown*, 381 U.S. 437, 458.

La Cour d'appel du Troisième circuit a dit concernant une loi comparable de la Pennsylvanie:

«C'est une procédure criminelle distincte à laquelle on peut avoir recours à la suite d'une déclaration de culpabilité de l'un des crimes spécifiés. Le pétitionnaire avait donc droit à une audience judiciaire en règle avant de se voir infliger la peine plus lourde. À une telle audience, les exigences de l'équité en matière de procédure ne peuvent être remplies par une protection partielle ou minimale. L'accusé a le droit de bénéficier de toute la panoplie des mesures protectrices pertinentes que garantit l'équité en matière de procédure dans les actions criminelles engagées par un État. On doit faire profiter l'accusé de chacune des sauvegardes qui sont des droits fondamentaux et qui sont essentielles à un procès équitable, y compris le droit d'être confronté avec les témoins à charge et de les contre-interroger.» *Gerchman v. Maroney*, 355 F. 2d 302, 312.

Nous souscrivons à ce point de vue. Suivant la procédure criminelle du Colorado, que l'on conteste en l'espèce, invoquer la *Sex Offenders Act* équivaut à porter une nouvelle accusation qui entraînera une sanction pénale. La présente affaire n'est pas différente de celles

nal issue is "a distinct issue" (*Graham v. West Virginia*, 224 U.S. 616, 625) on which a defendant "must receive reasonable notice and an opportunity to be heard." *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448, 452; *Chandler v. Freitag*, 348 U.S. 3, 8. Due process, in other words, requires that he be present with counsel, have an opportunity to be heard, be confronted with witnesses against him, have the right to cross-examine, and to offer evidence of his own. And there must be findings adequate to make meaningful any appeal that is allowed. The case is therefore quite unlike the Minnesota statute we considered in *Minnesota v. Probate Court*, 309 U.S. 270, where in a proceeding to have a person adjudged a "psychopathic personality" there was a hearing where he was represented by counsel and could compel the production of witnesses on his behalf. *Id.*, at 275. None of these procedural safeguards we have mentioned is present under Colorado's Sex Offenders Act. We therefore hold that it is deficient in due process as measured by the requirements of the Fourteenth Amendment. *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400.

I do not think that the fact that two statutes were involved rather than one in any way qualifies the substance of the Court's reasons.

In *U.S. v. Maroney*, 355 F.2d 302 (1966), referred to in *Specht, supra*, the United States Court of Appeals for the Third Circuit held that proceedings against the petitioner under a similar Pennsylvania statute violated the petitioner's due process rights under the Fourteenth Amendment in denying him the right to confront and cross-examine the witnesses against him. Freedman J., for the Court, stated, at p. 311:

The same factors, i. e., imposition of greater punishment than that provided for conviction of a constituent element after an additional finding of fact, led the Supreme Court to hold in *Chandler v. Freitag*, 348 U.S. 3, 75, S.Ct. 1, 99 L. Ed. 4 (1954) and *Oyler v. Boles*,

qui prennent naissance en vertu de lois portant sur les récidivistes, où la question de savoir si l'on a affaire à un repris de justice est «une question distincte» (*Graham v. West Virginia*, 224 U.S. 616, 625) relativement à laquelle l'accusé «doit recevoir un préavis raisonnable et avoir la possibilité d'être entendu». *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448, 452; *Chandler v. Freitag*, 348 U.S. 3, 8. En d'autres termes, l'équité en matière de procédure requiert qu'il soit présent avec son avocat, qu'on lui accorde la possibilité d'être entendu, qu'il soit confronté avec les témoins à charge, qu'il ait le droit de les contre-interroger, et qu'il puisse lui-même produire des éléments de preuve. De plus, les conclusions tirées doivent être suffisantes pour rendre utile tout appel qui pourra être autorisé. Il n'y a donc aucune ressemblance avec la loi du Minnesota que nous étions appelés à examiner dans l'affaire *Minnesota v. Probate Court*, 309 U.S. 270, où, dans une procédure visant à faire déclarer qu'un certain individu avait une «personnalité psychopathique», il y a eu une audience à laquelle cet individu était représenté par un avocat et dans le cadre de laquelle il a pu forcer la comparution de témoins pour son compte. *Id.*, à la p. 275. Or, la Sex Offenders Act du Colorado ne comporte aucune de ces garanties en matière de procédure dont nous avons fait mention. Nous concluons donc qu'en cela elle manque aux exigences de l'équité en matière de procédure posées par le Quatorzième amendement. *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400.

Pour ma part, je ne crois pas que le fait qu'il s'agissait de deux lois plutôt que d'une seule vienne nuancer de quelque manière le fond des motifs de la Cour.

Dans l'arrêt *U.S. v. Maroney*, 355 F.2d 302 (1966), mentionné dans l'affaire *Specht*, précitée, la Cour d'appel des États-Unis, Troisième circuit, a conclu que des procédures engagées contre le pétitionnaire en vertu d'une loi semblable de la Pennsylvanie portaient atteinte au droit à l'équité en matière de procédure conféré au pétitionnaire par le Quatorzième amendement, pour le motif qu'on lui refusait le droit d'être confronté avec les témoins à charge et de les contre-interroger. Le juge Freedman affirme, au nom de la cour, à la p. 311:

[TRADUCTION] La même considération, c.-à-d. l'imposition, à la suite d'une conclusion de fait supplémentaire, d'une peine plus sévère que celle prévue pour une déclaration de culpabilité relativement à un élément constitutif, a amené la Cour suprême à conclure dans les

368 U.S. 448, 82 S.Ct. 501, 7 L.Ed.2d 446 (1962), that the habitual offenders acts there involved, which provided for increased criminal punishment because of prior convictions, created essentially independent criminal offenses. This required that the determination of the issues of fact involved in the statutory proceedings must conform to the constitutionally guaranteed safeguards of due process in substantive criminal trials. In *Oyler*, the Court said: "Even though an habitual criminal charge does not state a separate offense, the determination of whether one is an habitual criminal is 'essentially independent' of the determination of guilt on the underlying substantive offense. *Chandler v. Fretag*, 348 U.S. 3, 8 (75 S.Ct. 1, 99 L.Ed. 4) (1954). \* \* \* (A) defendant must receive reasonable notice and an opportunity to be heard relative to the recidivist charge even if due process does not require that notice be given prior to the trial on the substantive offense." (368 U.S., at 452, 82 S.Ct. at 503). If the determination of the independent issue in *Oyler*, limited as it was to judicial records and identity, made the new charge separate from the subordinate offense and thus required full due process, it is surely required here, where the critical new issue, i. e., whether petitioner, if at large, would constitute a danger of bodily harm to the public, is a complex and personal one going far beyond mere records and identification.

He next, at p. 312, made the observations quoted by the Supreme Court in *Specht, supra*.

Having characterized the proceeding there as creating an essentially independent offence, Freedman J. was led to state that the guarantee of a jury trial would apply to such a proceeding "if the Fourteenth Amendment makes it applicable in state criminal cases" (at p. 313). Nevertheless, it felt bound by precedent to conclude that the right to trial by jury, guaranteed in federal prosecutions by virtue of the Sixth Amendment, was not embraced by the Fourteenth Amendment. At page 313, Freedman J. quoted "the now classic lan-

arrêts *Chandler v. Fretag*, 348 U.S. 3, 75, S.Ct. 1, 99 L. Ed. 4 (1954) et *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448, 82 S.Ct. 501, 7 L.Ed.2d 446 (1962), que les lois en cause relatives aux repris de justice, lesquelles lois prévoyaient une sanction pénale plus lourde en raison de déclarations de culpabilité antérieures, créaient essentiellement des infractions criminelles indépendantes. Cela nécessitait que la détermination des questions de fait soulevées dans les procédures entamées en vertu de la loi se fasse d'une manière qui respecte les garanties constitutionnelles concernant le caractère équitable des procès au fond en matière criminelle. Dans l'arrêt *Oyler*, la Cour a dit: «Même si une accusation d'être un repris de justice n'énonce pas une infraction distincte, la détermination de la question de savoir si une personne est un repris de justice est «essentiellement indépendante» de la détermination de la culpabilité de l'infraction matérielle précise. *Chandler v. Fretag*, 348 U.S. 3, 8 (75 S.Ct. 1, 99 L.Ed. 4) (1954). \* \* \* [O]n doit donner à l'accusé un préavis raisonnable ainsi que la possibilité d'être entendu relativement à l'accusation de récidive, quand même l'équité en matière de procédure n'exige pas qu'un avis soit donné antérieurement au procès relatif à l'infraction matérielle précise.» (368 U.S., à la p. 452, 82 S.Ct., à la p. 503). Si, dans l'affaire *Oyler*, la résolution de la question indépendante qui portait uniquement sur les antécédents judiciaires et sur l'identité, avait pour effet de séparer la nouvelle accusation d'avec l'infraction subordonnée, entraînant de ce fait la nécessité de se conformer à toutes les exigences de l'équité en matière de procédure, cette nécessité s'impose à plus forte raison en l'espèce, car la nouvelle question délicate, celle de savoir si le pétitionnaire, s'il était en liberté, présenterait un danger physique pour le public, est à la fois complexe et personnelle, et d'une portée qui transcende nettement les simples antécédents et identité.

À la page 312, le juge Freedman a fait les observations citées par la Cour suprême dans l'arrêt *Specht*, précité.

Ayant affirmé que la procédure dont il s'agissait dans cette affaire-là créait une infraction essentiellement indépendante, le juge Freedman a ajouté que la garantie d'un procès devant un jury s'appliquerait à une telle procédure [TRADUCTION] «si le Quatorzième amendement commande son application dans les affaires criminelles au niveau de l'État» (à la p. 313). Néanmoins, se sentant liée par la jurisprudence, la cour a conclu que le droit à un procès devant un jury, garanti dans le cas des poursuites fédérales par le Sixième amendement,

guage” of Cardozo J. in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937):

“The right to trial by jury and the immunity from prosecution except as the result of an indictment may have value and importance. Even so, they are not of the very essence of a scheme of ordered liberty. To abolish them is not to violate a ‘principle of justice so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental.’ \* \* \* Few would be so narrow or provincial as to maintain that a fair and enlightened system of justice would be impossible without them.” (302 U.S., at 325, 58 S.Ct., at 152).

I am aware that the Supreme Court has, quite understandably, in *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968), since departed from Cardozo’s view so as to import a requirement of jury trials for serious state crimes. It would seem reasonable, if not compelling, that in the “scheme of ordered liberty” established under the American Constitution and incorporated into state criminal procedure by the Fourteenth Amendment, offences of equivalent seriousness should not be subjected to significantly different procedures depending on whether the prosecution arose in a federal or state court. Importantly, however, there is nothing in the case to suggest that the right to a jury trial was intended to be extended to a post-conviction sentencing hearing where traditionally the jury has played no part.

Indeed, subsequent American case law has consistently rejected the suggestion in *Specht* that the “full panoply” of criminal procedural protections including the right to a jury determination, attach to such post-conviction proceedings. Typical of these cases is the frequently cited case of *U.S. v. Inendino*, 463 F.Supp. 252 (1978 N. D. Ill.), aff’d 604 F.2d 458 (7th Cir. 1979), *certiorari* denied, 444 U.S. 932 (1979), where Decker J. of the U.S. District Court, in considering the procedural

n’était pas compris dans le Quatorzième amendement. À la page 313, le juge Freedman a cité [TRADUCTION] «les propos maintenant classiques» tenus par le juge Cardozo dans la décision *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937):

[TRADUCTION] «Le droit à un procès avec jury et l’immunité contre les poursuites, sauf celles qui résultent d’un acte d’accusation, peuvent avoir une certaine valeur et importance. Même là, ils ne constituent pas l’essence même d’une liberté bien ordonnée. Leur abolition ne représente pas une atteinte à un «principe de justice si solidement enraciné dans les traditions et la conscience de notre peuple qu’il doit être considéré comme fondamental.» \* \* \* Peu de gens auraient l’esprit étroit ou borné au point de soutenir que, sans le droit et l’immunité susmentionnés, il serait impossible d’avoir un système de justice qui soit à la fois équitable et éclairé.» (302 U.S., à la p. 325, 58 S.Ct., à la p. 152).

Je sais bien que, dans l’arrêt *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968), la Cour suprême s’est éloignée, tout à fait à juste titre, de l’opinion du juge Cardozo et a posé comme exigence que les procès relatifs aux infractions graves aux lois criminelles des États se déroulent devant un jury. À ce propos, il semblerait raisonnable, et voire même impérieux, que, dans le cadre de la «liberté bien ordonnée» créée par la Constitution américaine et incorporée dans la procédure criminelle des États par le Quatorzième amendement, des infractions de gravité équivalente ne fassent pas l’objet de procédures sensiblement différentes selon que les poursuites sont engagées devant un tribunal fédéral ou devant le tribunal d’un État. Il importe cependant de souligner que rien dans cette affaire ne porte à croire qu’on a voulu que le droit à un procès avec jury joue aussi dans le cas d’une audience relative à la détermination de la peine, tenue à la suite d’une déclaration de culpabilité, audience à laquelle le jury ne joue traditionnellement aucun rôle.

En fait, la jurisprudence américaine subséquente a constamment rejeté l’idée formulée dans l’arrêt *Specht* selon laquelle on peut bénéficier, dans de telles procédures qui font suite à une déclaration de culpabilité, de «toute la panoplie» des garanties offertes par la procédure criminelle, y compris le droit à une décision par un jury. Un cas typique est la décision souvent citée *U.S. v. Inendino*, 463 F.Supp. 252 (1978 N. D. Ill.), conf. à 604 F.2d 458 (7th Cir. 1979), *certiorari* refusé, 444 U.S.



adequacy of a statutory enhanced sentencing proceeding very similar to that involved here, stated, at p. 256:

Some courts and commentators have interpreted *Specht* to mean that if a sentencing or other post-conviction proceeding involves new charges of criminal conduct, and results in increased imprisonment, then it must be conducted in accordance with the procedures of a normal criminal trial, *see, e.g. United States v. Duardi*, 384 F.Supp. 874 (W.D.Mo.1974), *affirmed on other grounds* 529 F.2d 123 (8th Cir. 1975). Dicta in the *Specht* case does support this view; for example, the Court points out that the statute requires a "new finding of fact" which results in "criminal punishment", and quotes from a lower court case holding that the defendant is entitled to "the full panoply" of criminal trial rights . . . .

However, a closer examination of related Supreme Court cases leads to the conclusion that the Court has drawn a line between pre-conviction and post-conviction proceedings, and has approved post-conviction proceedings which provide less than the full panoply of trial rights. The widest discretion and informality is permitted in the normal sentencing procedure. [Emphasis added.]

However, Decker J. notes, at p. 257:

The Supreme Court has required more formality in presentence proceedings which may result in sentences longer than the normal statutory maximum. In several early cases, the Court rejected due process and double jeopardy challenges to recidivist statutes, under which a defendant who had been previously convicted could receive an enhanced sentence. The Court held that recidivist sentencing was not a second punishment for the earlier crime, but rather increased punishment for the latest offense, due to aggravated circumstances:

932 (1979), où le juge Decker de la Cour de district des États-Unis, en examinant le caractère  
a adéquat du point de vue de la procédure, d'un processus légal, fort semblable à celui dont il s'agit en l'espèce, visant l'imposition d'une peine plus sévère, a dit, à la p. 256:

[TRADUCTION] Selon l'interprétation donnée par certains tribunaux et commentateurs, l'arrêt *Specht* établit que si, dans une procédure visant à déterminer la peine ou dans toute autre procédure qui suit une déclaration de culpabilité, de nouvelles accusations de conduite criminelle sont portées et que cette procédure entraîne une augmentation de la peine d'emprisonnement, alors elle doit satisfaire aux mêmes exigences en matière de procédure qu'un procès criminel ordinaire, voir, par exemple, *United States v. Duardi*, 384 F.Supp. 874 (W.D.Mo.1974), *confirmé pour d'autres motifs* à 529 F.2d 123 (8th Cir. 1975). Certaines opinions incidentes exprimées dans l'affaire *Specht* appuient ce point de vue; par exemple, la Cour fait remarquer que la Loi exige une «nouvelle conclusion de fait» qui entraîne une «sanction pénale», puis elle cite une décision dans  
e laquelle un tribunal de juridiction inférieure a conclu que l'accusé pouvait bénéficier de «toute la panoplie» des droits qui s'attachent à un procès au criminel . . .

Si toutefois on examine de plus près des arrêts analogues de la Cour suprême, force est de conclure que la Cour a tracé une ligne de démarcation entre les procédures antérieures à la déclaration de culpabilité et celles qui lui font suite et qu'elle a donné son approbation à des procédures de cette dernière catégorie même lorsqu'elles ne respectaient pas toute la panoplie des droits qui sont garantis dans le cas d'un procès. En matière de détermination de la peine, la plus grande simplicité et l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire sont normalement permis. [Je souligne.]

h Le juge Decker ajoute toutefois, à la p. 257:

[TRADUCTION] La Cour suprême a exigé plus de formalisme dans les procédures de détermination de la peine lorsque celles-ci peuvent aboutir à des peines d'une durée plus longue que le maximum normal prévu par la loi. Dans plusieurs vieux arrêts, la Cour, écartant des contestations fondées sur le manquement aux exigences de l'équité en matière de procédure et sur le double péril, a déclaré valides des lois relatives aux récidivistes, en vertu desquelles un accusé qui avait déjà été déclaré coupable pouvait se voir infliger une peine plus lourde. La Cour a conclu que la condamnation de récidivistes ne constituait pas une seconde peine imposée pour le crime antérieur, mais représentait plutôt une peine plus sévère pour l'infraction la plus récente, en raison de circonstances aggravantes:

“(T)he repetition of criminal conduct aggravates their guilt and justifies heavier penalties when they are again convicted.” *Graham v. West Virginia*, 224 U.S. 616, 623, 32 S.Ct. 583, 585, 56 L.Ed. 917 (1912).

Thus, this proceeding was not governed by the formal rules of criminal trial procedure.

However, in recognition of the fact that these procedures may result in a substantial deprivation of liberty, the Court has held that the defendant is entitled to representation of counsel, *Chandler v. Fretag*, 348 U.S. 3, 75 S.Ct. 1, 99 L.Ed. 4 (1954), and to notice and opportunity to be heard, *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448, 82 S.Ct. 501, 7 L.Ed.2d 446 (1962). Although the exact dimensions of these rights have not been fully articulated, courts have held that they do not include the right to trial by jury, see *Turnbough v. Wyrick*, 551 F.2d 202 (8th Cir. 1977); *James v. Twomey*, 466 F.2d 718 (7th Cir. 1972), nor the right to grand jury indictment, *United States v. Baca*, 451 F.2d 1112 (10th Cir. 1971); see also, *Beland v. United States*, 128 F.2d 795 (5th Cir.), cert. denied, 317 U.S. 676, 63 S.Ct. 157, 87 L.Ed. 543, reh'g denied 317 U.S. 710, 63 S.Ct. 205, 87 L.Ed. 566 (1942). [Emphasis added.]

Similarly, in the also oft-cited case of *U.S. v. Schell*, 692 F.2d 672 (1982), Logan J., for a majority of the Court of Appeals, 10th Cir., stated, at p. 677, that he agreed with the vastly preponderant view of other circuit courts that the *Specht* Court's quotation of Third Circuit language should not be taken as dictating that the “full panoply” of procedural protections apply to post-conviction hearings. He notes, too, that this issue was not before the Court in *Specht*.

The cases to which I have referred dealt primarily with the use of hearsay evidence in such proceedings and with the question whether dangerousness could constitutionally be proved simply on a preponderance of evidence rather than beyond a reasonable doubt. Quite apart from the specific conclusions of the American courts respecting these matters, I would adopt the functional reasons

«[L]a répétition d'une conduite criminelle aggrave leur culpabilité et justifie l'augmentation de leur peine lorsqu'ils sont de nouveau reconnus coupables.» *Graham v. West Virginia*, 224 U.S. 616, 623, 32 S.Ct. 583, 585, 56 L.Ed. 917 (1912).

Cette procédure n'était donc pas soumise aux règles formelles régissant les procès au criminel.

Reconnaissant cependant que ces procédures peuvent entraîner une privation de liberté de longue durée, la Cour a conclu que l'accusé a le droit d'être représenté par un avocat, *Chandler v. Fretag*, 348 U.S. 3, 75 S.Ct. 1, 99 L.Ed. 4 (1954), du droit à un préavis et du droit d'être entendu, *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448, 82 S.Ct. 501, 7 L.Ed.2d 446 (1962). Quoique la pleine portée de ces droits n'ait jamais été précisée, les tribunaux ont estimé qu'ils ne comprennent pas le droit à un procès avec jury, voir *Turnbough v. Wyrick*, 551 F.2d 202 (8th Cir. 1977); *James v. Twomey*, 466 F.2d 718 (7th Cir. 1972), ni le droit d'être mis en accusation par un grand jury, *United States v. Baca*, 451 F.2d 1112 (10th Cir. 1971); voir aussi *Beland v. United States*, 128 F.2d 795 (5th Cir.), certiorari refusé, 317 U.S. 676, 63 S.Ct. 157, 87 L.Ed. 543, nouvelle audience refusée 317 U.S. 710, 63 S.Ct. 205, 87 L.Ed. 566 (1942). [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *U.S. v. Schell*, 692 F.2d 672 (1982), souvent cité lui aussi, le juge Logan, au nom de la majorité de la Cour d'appel, 10th Cir., a signalé, à la p. 677, qu'il partageait l'opinion nettement prépondérante des autres cours de circuit que les propos tenus par la Cour du Troisième circuit, cités par la Cour suprême dans l'arrêt *Specht*, ne devraient pas être considérés comme exigeant que «toute la panoplie» des garanties en matière de procédure jouent dans le cas d'audiences faisant suite à la déclaration de culpabilité. Il fait également observer que la Cour ne se trouvait pas saisie de cette question dans l'affaire *Specht*.

Les décisions auxquelles je me suis référé portent principalement sur l'usage d'une preuve par ouï-dire dans ce type de procédures et sur la question de savoir s'il serait constitutionnellement possible de prouver la dangerosité selon une simple prépondérance de la preuve plutôt que par une preuve hors de tout doute raisonnable. Indépendamment des conclusions précises des tribunaux

given by those courts for viewing the "labelling" hearing to be the kind of hearing that attracts a high level of procedural protection for the offender. I find their approach to be more attuned to the distinctive nature of such inquiries, and more congruent with the reality of the very profound consequences that the labelling procedure harbours for the offender. Nevertheless, I would conclude that it is not required, as a constitutional matter, that the determination of dangerousness be made by a jury.

It is clear that, at a minimum, the requirements of fundamental justice embrace the requirements of procedural fairness (see, e.g., the comments to this effect of Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 212-13). It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another. Suffice it to say, however, that a jury determination is not mandated in the present context. The offender has already been found guilty of an offence in a trial at which he had the option of invoking his right to a jury. Moreover, the procedure to which he was subjected subsequent to the finding of guilt does not impact on his liberty to the same extent as that initial determination. Indeed, this is made clear by the same considerations that led this Court, in *Brusch, supra*, to classify the proceedings as part of the sentencing process. While the legal classification of the proceeding as part of the sentencing process does not necessarily decide the question of the scope of the procedural protection to be afforded the offender, the functional, factual considerations animating that conclusion must be taken into account.

Finally, it is not insignificant that, unlike the situation in *Maroney, supra*, the judge at such a

américains sur ces points, je fais miennes les raisons d'ordre pratique qu'ont données ces tribunaux pour juger que l'audience visant à «étiqueter» le délinquant est le genre d'audience dans laquelle celui-ci bénéficie d'un haut degré de protection sur le plan de la procédure. En effet, j'estime que cette façon de voir cadre mieux avec la nature distinctive de ces enquêtes et tient mieux compte de la réalité des conséquences très graves que ces procédures d'étiquetage comportent pour le délinquant. Je conclus néanmoins que, du point de vue constitutionnel, il n'est pas nécessaire que ce soit un jury qui détermine si le délinquant est dangereux.

Évidemment, les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l'équité en matière de procédure (voir, par exemple, les observations dans ce sens faites par le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 212 et 213). Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre. Il suffit toutefois de dire qu'en l'espèce rien n'exige une décision par un jury. Le délinquant a déjà été reconnu coupable d'une infraction à l'issue d'un procès dans le cadre duquel il aurait pu choisir d'invoquer son droit à un jury. De plus, la procédure dont il a fait l'objet à la suite de la déclaration de culpabilité est moins lourde de conséquences pour sa liberté que ne l'est la détermination initiale. Ce point de vue s'impose d'ailleurs en vertu des mêmes considérations qui ont amené cette Cour, dans l'arrêt *Brusch*, précité, à décider que les procédures en question font partie du processus de détermination de la peine. Quoique la classification juridique de ces procédures comme composante du processus de détermination de la peine ne règle pas nécessairement la question de l'étendue de la protection à accorder au délinquant sur le plan de la procédure, on doit prendre en considération les éléments pratiques et factuels sur lesquels repose cette conclusion.

Finalement, il n'est pas sans importance que, à la différence de la situation qui existait dans l'af-

hearing does retain a discretion whether or not to impose the designation or indeterminate sentence, or both.

It is noteworthy, too, that Part XXI provides considerable procedural protection to the offender. Section 689(1)(a) requires that the consent of the Attorney General be obtained either before or after the application is made. Section 689(1)(b) requires that "at least seven days notice be given to the offender by the prosecution, following the making of the application, outlining the basis on which it is intended to found the application". Moreover, the offender has the right to attend, present evidence and cross-examine witnesses, in addition to a right of appeal in the broadest terms on questions of fact, law or mixed fact and law.

It seems to me that s. 7 of the *Charter* entitles the appellant to a fair hearing; it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined. I do not think it can be argued that the procedure at a Part XXI application is unfair in so far as it denies to an offender the right to a jury's determination of his or her dangerousness.

In other respects, however, the case law following *Brusch* has given a judicial gloss to Part XXI that might, at some point, merit reappraisal by this Court. In light of the foregoing discussion it might well be that the logic that justified holding Part XXI applications to be part of the sentencing process cannot now serve to justify the whittling down of procedural rights that appears to have flowed therefrom.

Furthermore, it is clear from my earlier comments that the fairness of the process by which the deprivation of liberty is occasioned cannot, in the case of a dangerous offender, be considered in isolation from the process by which that deprivation of liberty is reviewed. Given the severity of the

faire *Maroney*, précitée, le juge qui préside une telle audience conserve un pouvoir discrétionnaire de qualifier le délinquant de dangereux ou de lui imposer une peine d'une durée indéterminée, ou les deux à la fois.

Il vaut également la peine de souligner que la partie XXI offre au délinquant une protection non négligeable sur le plan de la procédure. En effet, l'al. 689(1)a exige qu'on obtienne le consentement du procureur général soit avant soit après la présentation de la demande. L'alinéa 689(1)b exige que «la poursuite [ . . . ] donn[e] au délinquant un préavis d'au moins sept jours francs après la présentation de la demande indiquant ce sur quoi la demande se fonde». Outre son droit très général d'interjeter appel sur des questions de fait ou de droit ou sur des questions mixtes de fait et de droit, le délinquant jouit du droit de comparaître, de produire des éléments de preuve et de contre-interroger les témoins.

Il me semble que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'appelant le droit à un procès équitable; il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer. À mon sens, on ne saurait prétendre que la procédure suivie dans le cas d'une demande fondée sur la partie XXI est inéquitable dans la mesure où elle ne garantit pas à un délinquant le droit à ce que ce soit un jury qui détermine s'il est dangereux.

À d'autres égards, cependant, la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Brusch* a donné à la partie XXI une interprétation qu'il conviendrait peut-être jusqu'à un certain point de réexaminer en cette Cour. Compte tenu de l'analyse qui précède, il se pourrait bien que la logique qui a permis de conclure que les demandes fondées sur la partie XXI font partie du processus de détermination de la peine ne puisse maintenant servir à justifier la réduction des droits en matière de procédure qui paraît en avoir découlé.

Il se dégage d'ailleurs de ce que j'ai déjà dit que le caractère équitable du processus entraînant la privation de liberté ne saurait, dans le cas d'un délinquant dangereux, être considéré indépendamment du processus de révision de cette privation de liberté. Étant donné la gravité des effets d'une telle

impact of such review on a dangerous offender's liberty interests, at least as opposed to those of an "ordinary" offender, it seems to me that considerations of fundamental justice might require correspondingly enhanced procedural protections at such a review. In this regard, I note that the Ouimet Commission recommended that dangerous offenders be given a right to judicial review of their status every three years, with the court having the power to release the offender (*Report of the Canadian Committee on Corrections* (1969), at pp. 262-63). I agree that this would afford the convict greater safeguards, but I do not view it to be constitutionally required. Indeed, as was pointed out by the court in both *Moore* and *Langevin*, *supra*, the Parole Board is supposedly more expert in determining whether release is warranted, and its decisions are subject to judicial review, including review on *Charter* grounds. However, the fairness of certain procedural aspects of a parole hearing may well be the subject of constitutional challenge, at least when the review is of the continued incarceration of a dangerous offender. The fairness of the review procedure, however, is not an issue in the present case.

(iii) Is the Standard of Proof Required Under Part XXI, or the Use of Psychiatric Evidence in a Part XXI Application, Fundamentally Unfair?

The appellant submits that Part XXI is fundamentally unfair in two other respects. He contends, first, that s. 688, in requiring proof that the offender constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons, or that there is a likelihood of the offender causing injury, pain or other evil to other persons through a failure in the future to control his or her sexual impulses, is fundamentally unfair in that the standard of proof required of the Crown is lower than that traditionally required in the criminal law

révision sur les intérêts qu'a un délinquant dangereux en matière de liberté, du moins par rapport à ses effets sur les mêmes intérêts qu'a un délinquant «ordinaire», il me semble que la justice fondamentale pourrait exiger que cette révision comporte des garanties en matière de procédure qui soient améliorées en conséquence. À ce propos, je fais remarquer que le Comité Ouimet a recommandé que les délinquants dangereux aient droit à un examen judiciaire de leur situation tous les trois ans et que le tribunal qui procède à cet examen soit investi du pouvoir de les relâcher (*Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle* (1969), à la p. 280). Je conviens qu'on assurerait ainsi aux détenus de meilleures garanties, mais je ne crois pas que cela s'impose sur le plan constitutionnel. De fait, comme la cour l'a souligné dans les décisions *Moore* et *Langevin*, précitées, la Commission des libérations conditionnelles est en principe plus compétente pour déterminer si la mise en liberté est justifiée et ses décisions sont assujetties à un contrôle judiciaire fondé notamment sur la *Charte*. Toutefois, le caractère équitable de certains aspects de la procédure d'une audience visant à déterminer s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle peut très bien faire l'objet d'une contestation fondée sur la Constitution, du moins lorsque l'examen porte sur la prolongation de l'emprisonnement d'un délinquant dangereux. Le caractère équitable de la procédure de révision n'est cependant pas en litige en l'espèce.

(iii) La norme de preuve à laquelle il faut satisfaire aux fins de la partie XXI ou l'utilisation d'une preuve psychiatrique dans le cas d'une demande fondée sur ladite partie sont-elles foncièrement injustes?

L'appelant soutient que la partie XXI est foncièrement injuste à deux autres égards. Il prétend d'abord que l'art. 688, dans la mesure où il exige la preuve que le délinquant constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, ou qu'il causera vraisemblablement des sévices ou autres maux à d'autres personnes en raison de son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles, est foncièrement injuste du fait que la norme de preuve à laquelle doit satisfaire le ministère public est moins sévère que

process. Secondly, he argues that s. 690, by requiring that psychiatric evidence be tendered on an application under Part XXI, is fundamentally unfair to the extent that such evidence is an unreliable predictor of future conduct.

I do not believe that either of these submissions is valid. First, it is important to recognize exactly what is and what is not required to be proved on such an application. Paragraphs (a) and (b) of s. 688 both require proof that the offender represents a threat of some sort to society. It is nowhere required that it be proved that the offender will act in a certain way. Indeed, inherent in the notion of dangerousness is the risk, not the certainty, of harm.

The appellant asserts that a "likelihood" is *ipso facto* not susceptible of proof beyond a reasonable doubt. He cites in support the following statement of Isabel Grant, in her article "Dangerous Offenders" (1985), 9 *Dal. L.J.* 347, at p. 360:

How does one prove beyond a reasonable doubt that at *some* time in *some* setting, an individual is *likely* to endanger *some* person. Surely if we add "beyond a reasonable doubt" to a "future likelihood" the sum total can be no greater than a balance of probabilities; a standard we would never accept in a criminal trial.

However, as Holmes has reminded us, the life of the law has not been logic: it has been experience. The criminal law must operate in a world governed by practical considerations rather than abstract logic and, as a matter of practicality, the most that can be established in a future context is a likelihood of certain events occurring. To doubt this conclusion is, in actuality, to doubt the validity of the legislative objectives embodied in Part XXI, for to require certainty in such matters would be tantamount to rendering the entire process ineffective.

Moreover, I am not convinced, even as a matter of logic, that the appellant's submission is sound. It seems to me that a "likelihood" of specified future conduct occurring is the finding of fact

celle qui s'applique traditionnellement en matière criminelle. En deuxième lieu, l'appelant fait valoir que l'art. 690, qui exige la présentation d'une preuve psychiatrique dans le cas d'une demande fondée sur la partie XXI, est foncièrement injuste dans la mesure où une telle preuve ne permet pas de prédire à coup sûr la conduite future.

Je ne crois pas que l'un ou l'autre de ces arguments soit fondé. En premier lieu, il importe de cerner exactement ce qui doit être prouvé dans le cadre d'une telle demande. Les alinéas a) et b) de l'art. 688 exigent tous les deux une preuve que le délinquant représente un danger quelconque pour la société. Il n'y a aucune exigence d'une preuve que le délinquant va agir d'une certaine manière. En fait, le risque, mais non la certitude, d'un préjudice est inhérent à la notion de dangerosité.

L'appelant affirme qu'une «vraisemblance» par sa nature même ne se prête pas à une preuve hors de tout doute raisonnable. À l'appui de cette allégation, il cite la déclaration suivante que fait Isabel Grant dans son article intitulé «Dangerous Offenders» (1985), 9 *Dal. L.J.* 347, à la p. 360:

[TRADUCTION] Comment faire pour prouver hors de tout doute raisonnable qu'à un *certain* moment et à un *certain* endroit, un individu constituera *vraisemblablement* un danger pour une *certaine* personne. Si nous ajoutons à la «probabilité future» l'exigence d'une preuve «hors de tout doute raisonnable», cela ne peut aboutir à rien d'autre qu'une prépondérance des probabilités, norme tout à fait inacceptable dans un procès criminel.

Holmes nous a toutefois rappelé que le droit tire sa vitalité non pas de la logique mais de l'expérience. L'application du droit criminel se fait dans un monde où des considérations pratiques l'emportent sur la logique abstraite et, du point de vue pratique, tout ce qu'on peut établir concernant l'avenir est une probabilité que certains événements se produiront. Douter de cela revient en réalité à douter de la validité des objectifs législatifs visés à la partie XXI, car exiger qu'il y ait certitude dans de tels cas aurait pour conséquence de rendre inefficace le processus tout entier.

Par ailleurs, je ne suis pas convaincu, même sur le plan de la logique, que l'argument de l'appelant soit bien fondé. Il me semble que la «probabilité» qu'une certaine conduite se manifeste dans l'avenir

required to be established; it is not, at one and the same time, the means of proving that fact. Logically, it seems clear to me that an individual can be found to constitute a threat to society without insisting that this require the court to assert an ability to predict the future. I do not find it illogical for a court to assert that it is satisfied beyond a reasonable doubt that the test of dangerousness has been met, that there exists a certain potential for harm. That this is really only an apparent paradox is aptly captured by Morden J. in *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343 (Ont. H.C.), at p. 356 :

I wish to make it clear that when I refer to the requisite standard of proof respecting likelihood I am not imposing on myself an obligation to find it proven beyond a reasonable doubt that certain events will happen in the future — this, in the nature of things would be impossible in practically every case — but I do refer to the quality and strength of the evidence of past and present facts together with the expert opinion thereon, as an existing basis for finding present likelihood of future conduct.

Having said the foregoing, it seems to me that when the appellant asserts that proof of a likelihood beyond a reasonable doubt still amounts merely to proof of a likelihood, it becomes apparent that what he is challenging is not the standard of proof but the fact that certain persons found to be “dangerous” will, in fact, not have been dangerous. This is the problem of “false positives”, which I will address below.

I believe that the foregoing discussion also disposes of the contention that it is fundamentally unfair to the offender to require proof of dangerousness to be based, in part, on psychiatric evidence. Counsel for the appellant cited both academic and judicial authority recognizing the inability of psychiatrists, or anyone else for that matter, to predict accurately future events. This is hardly a revelation. Indeed, the psychiatrists who testified at the hearing in the present case expressly disavowed any such claim.

est précisément le fait qui doit être établi; ce n'est pas en même temps le moyen de prouver ce fait. Dans mon esprit il semble clair que, logiquement, on peut conclure qu'une personne constitue un danger pour la société sans pour autant prétendre que cela oblige le tribunal à se dire capable de prévoir l'avenir. Je ne trouve pas du tout illogique qu'un tribunal affirme sa conviction hors de tout doute raisonnable qu'on a satisfait au critère de la dangerosité et qu'il existe en conséquence une certaine possibilité de préjudice. Que ce paradoxe n'en est vraiment un qu'en apparence ressort d'une observation très juste du juge Morden dans la décision *R. v. Knight* (1975), 27 C.C.C. (2d) 343 (H.C. Ont.), à la p. 356 :

[TRADUCTION] Je tiens à préciser que, quand je parle de la norme de preuve à laquelle il faut satisfaire relativement à la question de la probabilité, je ne m'impose aucune obligation de conclure qu'on a prouvé hors de tout doute raisonnable que certains événements auront lieu dans l'avenir, ce qui, dans le cours normal des choses, s'avérerait presque toujours impossible; j'affirme cependant que la qualité et la force probante de la preuve de faits passés et présents, combinées avec les opinions d'experts concernant cette preuve, forment une base sur laquelle peut être fondée une conclusion à l'existence d'une probabilité actuelle de conduite future.

Cela dit, il me semble que, lorsque l'appellant soutient que la preuve d'une probabilité hors de tout doute raisonnable ne constitue tout de même qu'une simple preuve d'une probabilité, il devient évident que ce qu'il met en doute est non pas la norme de preuve, mais le fait que certaines personnes jugées «dangereuses» n'auront pas été dangereuses en réalité. On touche là au problème des «faux positifs», que j'aborde maintenant.

J'estime que l'analyse qui précède sert également à écarter l'argument selon lequel il est foncièrement injuste envers le délinquant d'exiger que sa dangerosité soit établie en partie au moyen d'une preuve psychiatrique. L'avocat de l'appellant a cité de la doctrine et de la jurisprudence reconnaissant l'incapacité des psychiatres, ou même de qui que ce soit à ce sujet, de prédire exactement les événements futurs. Ce n'est pas une nouvelle. Les psychiatres qui ont témoigné à l'audience en l'espèce se sont d'ailleurs défendus expressément de pouvoir le faire.

It seems to me that the answer to this argument can be briefly stated. The test for admissibility is relevance, not infallibility. Judges at Part XXI hearings do not assume that psychiatrists can accurately predict the future; however, psychiatric evidence is clearly relevant to the issue whether a person is likely to behave in a certain way and, indeed, is probably relatively superior in this regard to the evidence of other clinicians and lay persons; see Menzies, Webster and Sepejak, "The Dimensions of Dangerousness" (1985), 9 *Law and Human Behaviour* 1:49.

In *People v. Henderson*, 107 Cal.App.3d 475 (1980), the Court of Appeal, Third District, stated, at pp. 485-86:

Thus appointed psychological and psychiatric experts have long been required by statute in . . . commitment proceedings to bring to bear on the question of an individual's future conduct, i.e., his dangerousness, their admittedly imprecise diagnostic techniques . . .

Although admittedly these techniques do not produce certainty, the significance of this failure to meet an ideal of perfection is a consideration for the trier of fact in weighing the effect of the testimony . . .

Similarly, in *Langevin, supra*, at p. 355, Lacourcière J.A. stated:

I am of the view that, while the unreliability studies may affect the *weight* of psychiatric predictions of future dangerousness, they do not affect the *admissibility* of such evidence. The statutory requirement of nomination of psychiatrists by both sides to the issue preserves the principles of fundamental justice.

Also to the point are the common sense observations of Ewaschuk J. in *Re Moore, supra*, at pp. 310-11:

I accept the submission that the evidence of a psychiatrist, psychologist or criminologist is at times highly speculative and in certain instances a lay person is in as good a position to make a prediction as to future dangerousness. In the final say, the court, however, must be so satisfied and not the expert witnesses. That is not to say that experts may not assist the court, especially as to whether the offender currently suffers from a psychological disorder, e.g., psychopathy, which may be relevant

À mon avis, on peut répondre à cet argument en peu de mots. C'est la pertinence et non l'infaillibilité qui détermine l'admissibilité. Un juge qui préside une audience tenue en vertu de la partie XXI ne présume pas que les psychiatres peuvent prédire exactement l'avenir; il reste néanmoins que la preuve psychiatrique se rapporte clairement à la question de savoir s'il est vraisemblable qu'une personne se comportera d'une certaine manière et cette preuve est même probablement relativement supérieure à cet égard aux témoignages d'autres cliniciens et de profanes; voir Menzies, Webster et Sepejak, «The Dimensions of Dangerousness» (1985), 9 *Law and Human Behaviour* 1:49.

Dans l'affaire *People v. Henderson*, 107 Cal.App.3d 475 (1980), la Cour d'appel, Troisième district, affirme, aux pp. 485 et 486:

[TRADUCTION] Voilà donc longtemps que les experts en psychologie et en psychiatrie, nommés à cette fin, sont légalement tenus dans [ . . . ] des procédures en vue de l'incarcération d'un individu d'appliquer leurs techniques diagnostiques à la question de la conduite future de ce dernier, c.-à-d. à la question de sa dangerosité, et ce, malgré l'imprécision notoire de ces techniques . . .

Bien qu'il soit convenu que les techniques en question n'engendrent pas la certitude, l'importance de cette impossibilité d'atteindre un idéal de perfection est un élément à prendre en considération par le juge des faits dans son appréciation des témoignages . . .

De même, dans l'arrêt *Langevin*, précité, à la p. 355, le juge Lacourcière de la Cour d'appel a dit:

[TRADUCTION] Selon moi, bien que les études établissant le caractère peu fiable des prédictions psychiatriques de dangerosité future puissent avoir un effet sur le poids à donner à ces prédictions, elles ne changent rien à leur *admissibilité* en preuve. L'exigence légale que les deux parties en présence nomment chacune un psychiatre assure le respect des principes de justice fondamentale.

Sont également pertinentes les judicieuses observations du juge Ewaschuk dans la décision *Re Moore*, précitée, aux pp. 310 et 311:

[TRADUCTION] J'accepte l'argument portant que le témoignage d'un psychiatre, d'un psychologue ou d'un criminologue présente parfois un caractère hautement spéculatif et que, dans certains cas, un profane serait tout aussi bien placé pour prédire la dangerosité future. En dernière analyse, toutefois, c'est le tribunal et non pas les témoins experts qui doit en être convaincu. Mais cela ne veut pas dire que des experts ne peuvent pas aider le tribunal, surtout sur la question de savoir si le



to the likelihood of future dangerous conduct. [Emphasis added.]

Finally, the unreliability of psychiatric evidence also raises the problem of "false positives" (a statistical term representing the erroneous overprediction of future violence), discussed, by Tobriner J. for the majority of the California Supreme Court, in *People v. Murtishaw*, 175 Cal.Rptr. 738 (1981), at pp. 758-59:

Numerous studies have demonstrated the inaccuracy of attempts to forecast future violent behavior. Two commentators summarized the results as follows: "Whatever may be said for the reliability and validity of psychiatric judgments in general, there is literally no evidence that psychiatrists reliably and accurately can predict dangerous behavior. To the contrary, such predictions are wrong more often than they are right." (Ennis & Litwack, *Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom* (1974), 62 Cal.L.Rev. 693, 737.) Professor Dershowitz in 1969 pointed to the skewed results characteristic of psychiatric forecasts: "it seems that psychiatrists are particularly prone to one type of error—over-prediction . . . (F)or every correct psychiatric prediction of violence, there are numerous erroneous predictions." (Dershowitz, *The Psychiatrist's Power in Civil Commitment: A Knife That Cuts Both Ways* (Feb. 1969), Psych. Today, at p. 47.) Coccozza and Steadman in 1976 reviewed the various studies and reported that "Whether one examined the legal, behavioral science, or psychiatric literature on predictions of dangerousness, one constantly encounters conclusions similar to the one reached by Dershowitz that psychiatrists are generally inaccurate predictors." (Coccozza & Steadman, *op. cit.*, *supra*, 29 Rutgers L.Rev. at p. 1085.) In 1978 Professor Monahan undertook a further review of studies of violence prediction and noted that the percentage of false positives (erroneous predictions that a subject would engage in violent behavior) never fell below 54 percentage and went as high as 99.7 percent. (Monahan, *The Prediction and Control of Violent Behavior* (1978), pp. 179-196, in Hearings Before the House Subcom. on Domestic and International Scientific Planning, 95th Cong., 2d Sess., pp. 175-252.)

délinquant souffre actuellement de troubles psychiques, comme par exemple la psychopathie, qui peuvent indiquer la probabilité d'une conduite dangereuse future. [Je souligne.]

Finalement, le caractère peu fiable de la preuve psychiatrique soulève en outre le problème des «faux positifs» (terme de statistique qui désigne l'erreur de prédiction qui consiste à surestimer la possibilité d'une conduite violente future), traité par le juge Tobriner, au nom de la Cour suprême de la Californie à la majorité, dans l'arrêt *People v. Murtishaw*, 175 Cal.Rptr. 738 (1981), aux pp. 758 et 759:

[TRADUCTION] De nombreuses études ont démontré qu'on ne peut pas prédire avec exactitude une conduite violente future. Deux commentateurs ont résumé ainsi les résultats de ces études: «Quoi qu'on puisse affirmer concernant la fiabilité et la valeur des opinions psychiatriques en général, il n'y a littéralement aucune preuve établissant que les psychiatres peuvent prédire avec certitude et exactitude une conduite dangereuse. Au contraire, de telles prédictions se révèlent le plus souvent erronées» (Ennis et Litwack, *Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom* (1974), 62 Cal.L.Rev. 693, 737). En 1969, le professeur Dershowitz a souligné les résultats faussés qui caractérisent les prévisions psychiatriques: «il est un type d'erreurs auquel les psychiatres semblent particulièrement sujets: la surestimation [ . . . ] (P)our chaque prédiction exacte de violence que fait un psychiatre, il y en a beaucoup qui sont erronées» (Dershowitz, *The Psychiatrist's Power in Civil Commitment: A Knife That Cuts Both Ways* (fév. 1969), Psych. Today, à la p. 47). En 1976, Coccozza et Steadman ont passé en revue les différentes études et ont constaté que: «Quand on examine les écrits portant sur les prédictions de dangerosité, peu importe que ces écrits relèvent du domaine juridique, du domaine de la science du comportement ou du domaine psychiatrique, on rencontre constamment des conclusions semblables à celle tirée par Dershowitz, savoir que les prédictions de psychiatres se révèlent en règle générale inexactes.» (Coccozza & Steadman, *op. cit.*, 29 Rutgers L.Rev., à la p. 1085). En 1978, le professeur Monahan a entrepris une nouvelle revue des études portant sur la prédiction de la violence et a fait remarquer que le pourcentage de faux positifs (de prédictions erronées d'une conduite violente) n'a jamais été inférieur à 54 pour 100 et a même atteint les 99,7 pour 100 (Monahan, *The Prediction and Control of Violent Behavior* (1978), pp. 179 à 196, dans Hearings Before the House Subcom. on Domestic and International Scientific Planning, 95th Cong., 2d Sess., aux pp. 175 à 252.)

This problem does not appear to undermine the utility and fairness of the scheme so much as to fortify the conclusion that the procedural protections accorded the offender, especially on review, ought to be very rigorous. In its *Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders*, the Butler Commission recognized the difficulties in assessing dangerousness but nevertheless recommended that the British Parliament enact dangerous offender legislation with reviewable indeterminate sentences. It stated, at p. 60:

... the fact that we cannot quantify the probability of future dangerous behaviour with actuarial precision is often allowed to obscure the fact that we can point with some confidence to categories of people who are more likely than others of the same sex and age-group to act in this way. Some kinds of sexual offence seem to be very repetitive... Men with several convictions of violence are considerably more likely than their peers to be convicted of violence in the future. Again, it is sometimes argued that even if there are good grounds — clinical or actuarial — for assigning the individual to a high risk group, he might be one of the minority in that group who in the event will not behave in accordance with probability. But this dilemma is inescapably involved in every decision which is based on probabilities. All that can be done is to weigh the unpleasantness of the consequences for the individual against the harm which he may do to others. If the harm is likely to be slight the decision should be in his favour: if great and highly probable — for example, if a sexual offence is accompanied by serious violence — the best we can do is to make sure that the precautions are as humane as possible.

Similarly, Floud and Young, *supra*, reject the notion that in enacting dangerous offender legislation Parliament unfairly sacrifices innocent persons in favour of the public good (at pp. 48-49):

Ce problème paraît moins mettre en doute l'utilité et l'équité du régime que renforcer la conclusion que les garanties en matière de procédure accordées au délinquant, surtout au stade de la révision, doivent être très rigoureuses. Dans un document intitulé *Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders*, la Commission Butler, tout en reconnaissant les difficultés auxquelles on se heurte en déterminant la dangerosité, a néanmoins recommandé que le Parlement britannique adopte des dispositions relatives aux délinquants dangereux qui établiraient des peines d'une durée indéterminée susceptibles de révision. À la page 60, on lit ce qui suit:

[TRADUCTION] ... on permet souvent que l'impossibilité de quantifier avec une précision actuarielle la probabilité d'une conduite dangereuse future vienne obscurcir le fait que nous pouvons identifier avec passablement de certitude les catégories de personnes qui sont plus enclines que d'autres personnes du même sexe et du même groupe d'âge à se conduire ainsi. Certains types d'infractions sexuelles semblent se caractériser par un taux fort élevé de récidive [...] Des hommes qui ont été frappés de plusieurs déclarations de culpabilité de violence courent un risque beaucoup plus grand que leurs pairs d'être reconnus coupables de violence dans l'avenir. De plus, on prétend parfois que, même s'il existe des motifs valables — médicaux ou actuariels — de classer un individu dans un groupe présentant un risque très élevé, il se peut que cette personne fasse partie de la minorité des membres de ce groupe qui n'agiront pas selon les probabilités. Mais ce dilemme est inévitable dans chaque décision fondée sur des probabilités. On en est réduit à ce moment-là à soupeser l'aspect désagréable des conséquences pour l'individu et le préjudice que cet individu est susceptible de causer à autrui. S'il est probable que ce préjudice sera minime, la décision devrait être en sa faveur. Si par contre le préjudice est grand et fort probable — par exemple, dans le cas où il s'agit d'une infraction sexuelle assortie de violence grave — on ne peut que s'assurer que les précautions prises soient les plus humaines possibles.

Dé même, Floud et Young, précité, écartent l'idée selon laquelle le Parlement, en adoptant des dispositions relatives aux délinquants dangereux, a sacrifié injustement des personnes innocentes dans l'intérêt du bien public (aux pp. 48 et 49):

This argument is misconceived. Errors of prediction do not represent determinable individuals. It is not that we have difficulty in identifying the subjects of predicted error with the methods available to us; it is that they are in principle indeterminable. There are no hidden individuals identifiable in principle, but not in practice, who certainly would or would not reoffend. In this sense there are no innocent or guilty subjects of predictive judgment.

The question is not 'how many innocent persons are to sacrifice their liberty for the extra protection that special sentences for dangerous offenders will provide?' but 'what is the moral choice between the alternative risks: the risk of harm to potential victims or the risk of unnecessarily detaining offenders judged to be dangerous?'

The essential nature of the problem of preventing willful harm is misrepresented by talk of balancing individual and social costs. The problem is to make a just redistribution of risk in circumstances that do not permit of its being reduced. There is a risk of harm to innocent persons at the hands of an offender who is judged likely to inflict it intentionally or recklessly — in any case culpably — in defiance or disregard of the usual constraints. His being in the wrong by virtue of the risk he represents is what entitles us to consider imposing on him the risk of unnecessary measures to save the risk of harm to innocent victims. [Emphasis added.]

I agree with this reasoning. Accordingly, the appellant's submissions on this point fail.

E. *Did the Failure of the Crown to Give the Appellant Notice Prior to his Election or Plea Violate his Rights Under s. 7 of the Charter?*

The final issue raised by the appellant is whether his s. 7 rights were violated by virtue of the fact

[TRADUCTION] Cet argument repose sur une conception erronée. Les erreurs de prédiction ne portent pas sur des individus déterminables. Ce n'est pas qu'il est difficile avec les moyens dont nous disposons d'identifier les victimes d'une erreur prédite; c'est plutôt que ces personnes sont indéterminables en principe. Il n'existe pas d'individus cachés, identifiables en principe mais non en pratique, dont on peut affirmer avec certitude qu'ils récidiveront ou qu'ils ne récidiveront pas. Dans cette optique, il n'y a pas de victimes, innocentes ou coupables, d'un jugement fondé sur une prédiction.

La question n'est pas de savoir «combien de personnes innocentes doivent sacrifier leur liberté dans l'intérêt de la protection supplémentaire qui résultera des peines spéciales prévues pour les délinquants dangereux». On doit plutôt se demander: «Entre deux risques, quel est le choix moral: le risque de préjudice à des victimes éventuelles ou le risque de détenir inutilement des délinquants jugés dangereux?»

En parlant de soupeser le coût pour l'individu et le coût pour la société, on fausse la nature essentielle du problème de la prévention du préjudice intentionnel. Ce problème consiste en fait à effectuer une redistribution équitable du risque dans des circonstances qui ne permettent pas sa réduction. Il y a un risque que des personnes innocentes subissent un préjudice de la part d'un délinquant qu'on a jugé susceptible d'infliger ce préjudice, intentionnellement ou avec insouciance — et en tout état de cause d'une manière coupable —, au mépris des contraintes normales ou sans en tenir compte. C'est le fait que le délinquant soit dans son tort en raison du risque qu'il présente qui nous autorise à envisager, pour éviter que des victimes innocentes ne soient exposées au risque de préjudice, de lui faire prendre le risque que les mesures prises se révéleront inutiles. [Je souligne.]

Je souscris à ce raisonnement. Par conséquent, les arguments de l'appellant sur ce point sont rejetés.

E. *L'omission du ministère public de donner avis à l'appellant avant que celui-ci ne fasse son choix ou son plaidoyer, constitue-t-elle une atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la Charte?*

La dernière question soulevée par l'appellant est de savoir s'il y a eu atteinte aux droits que lui

that he was not advised of the Crown's intention to make a Part XXI application before his election and, more significantly, before entry of a plea of guilty. Given the serious consequences of such an application, it was argued, he ought to have been given notice so as to enable him to make informed decisions with respect to his election and plea.

Section 689(1)(b) of the *Code* provides that a Part XXI application "shall [not] be heard" until "at least seven days notice has been given to the offender by the prosecutor, following the making of the application, outlining the basis on which it is intended to found the application". Hence, it seems that the appellant's right to defend fully and fairly the case against him is not impaired by the operational requirements of Part XXI.

It seems, therefore, that the only prejudice the appellant can claim to have suffered is that had he been forewarned of the Crown's intention to make a Part XXI application, he might have elected a trial by judge and jury rather than by judge alone, or might have pleaded not guilty rather than guilty to the charges against him. It seems to me, however, that there is a limit beyond which it would be unseemly for courts to inquire into or 'go beyond' such decisions of accused persons. For example, I do not think it would be proper to inquire into whether and to what extent the absence of such notice impaired the ability of the accused to plea bargain effectively, for "justice should not be, and should not be seen to be, something that can be purchased at the bargaining table" (Law Reform Commission of Canada, Working Paper No. 15, *Criminal Procedure — Control of the Process* (1975), at pp. 39-60). Nor do I think it proper to consider that an accused might elect a trial by jury in the hope that a jury would be less inclined to convict in circumstances where he or she was liable to indeterminate incarceration.

garantit l'art. 7, du fait qu'il n'a pas reçu avant de faire son choix et, qui plus est, avant d'inscrire son plaidoyer de culpabilité, un avis de l'intention du ministère public de présenter une demande fondée sur la partie XXI. Étant donné la gravité des conséquences d'une telle demande, a-t-on soutenu, on aurait dû l'en aviser afin de lui permettre de prendre des décisions éclairées relativement à son choix et à son plaidoyer.

L'alinéa 689(1)b) du *Code* dispose qu'une demande faite en vertu de la partie XXI ne doit être entendue que si «la poursuite a donné au délinquant un préavis d'au moins sept jours francs après la présentation de la demande indiquant ce sur quoi la demande se fonde». Il semble donc que les conditions d'application de la partie XXI ne viennent pas porter atteinte au droit de l'appelant à une possibilité équitable de se défendre pleinement.

Il semble donc que l'unique préjudice que l'appelant puisse prétendre avoir subi vient du fait que, si le ministère public lui avait donné un préavis de son intention de présenter une demande fondée sur la partie XXI, il aurait pu choisir un procès devant un juge et un jury plutôt que devant un juge siégeant seul, ou il aurait pu plaider non coupable au lieu d'avouer sa culpabilité relativement aux accusations portées contre lui. Mais, selon moi, il y a une limite au-delà de laquelle il ne s'agirait pas que les tribunaux fassent enquête sur de tels choix faits par des accusés ou qu'ils essaient d'en dégager le fondement. À mon avis, il ne conviendrait pas, par exemple, de se demander si et dans quelle mesure l'absence d'un tel avis a rendu plus difficile à l'accusé de négocier efficacement son plaidoyer, car «La justice ne devrait pas être, et ne devrait pas sembler être, quelque chose qui peut s'acheter à la table de négociations» (Commission de réforme du droit, Document de travail n° 15, *Procédure pénale — les poursuites pénales: responsabilité politique ou judiciaire* (1975), aux pp. 43 à 66. Je ne crois pas non plus qu'il convienne de considérer qu'un accusé pourrait choisir de se faire juger par un jury dans l'espoir que des jurés seraient moins portés à rendre un verdict de culpabilité dans des circonstances où il était passible d'une incarcération pour une durée indéterminée.

Counsel for the appellant suggests that it is a principle of fundamental justice that notice be given to an accused that he or she is not to be treated in the ordinary course of procedure but that an increased penalty is to be sought instead. As authority for this proposition he cites the American case of *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448 (1982), and *R. v. Vandale* (1984), 13 W.C.B. 173. However, these cases stand for quite the contrary proposition. In *Oyler*, it was held that an accused must receive adequate notice and opportunity to be heard relative to a recidivist charge but that due process did not require that such notice be given prior to trial on the substantive offence.

Furthermore, in *Vandale*, the British Columbia Court of Appeal rejected the argument that notice of the type here sought was mandated by s. 7 of the *Charter*. Macdonald J.A., for the Court, stated at p. 4:

It is implicit in a plea of guilty that the accused has knowledge of the law with respect to the sentence to which his plea exposes him, and in the case of a person faced with an application under the dangerous offender section the person would know his record, would know the sort of information the authorities have about him, and that would be part of his knowledge as to the potential of sentence involved in a plea of guilty.

However, he observed that circumstances could be envisaged where a plea of guilty could be set aside, namely, where the court was satisfied that the accused did not fully understand the nature of the charge and the potential consequences of a guilty plea. However, there was nothing in the facts of the case to suggest that this knowledge was lacking. I observe that had such facts existed a remedy would have been available to the accused quite apart from s. 24 of the *Charter*.

It seems to me to be difficult to articulate precisely in what sense the liberty interests of the appellant were infringed by the absence of notice earlier than is statutorily provided for. It is nowhere alleged, here or in the courts below

Selon l'avocat de l'appelant, la justice fondamentale exige qu'un accusé soit avisé qu'on ne procédera pas dans son cas de la manière habituelle, mais qu'on revendiquera plutôt une peine plus sévère. À l'appui de cette proposition il cite l'arrêt américain *Oyler v. Boles*, 368 U.S. 448 (1982), ainsi que l'arrêt *R. v. Vandale* (1984), 13 W.C.B. 173. Mais ces arrêts établissent justement le contraire. Dans l'arrêt *Oyler*, il a été jugé qu'un accusé doit recevoir un avis adéquat ainsi que se voir offrir la possibilité d'être entendu relativement à une accusation de récidive, mais qu'il n'était pas nécessaire pour satisfaire aux exigences de l'équité en matière de procédure que cet avis soit donné avant le procès relatif à l'infraction matérielle précise.

De plus, dans l'arrêt *Vandale*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'argument selon lequel l'art. 7 de la *Charte* oblige à donner un avis du type revendiqué en l'espèce. Le juge Macdonald affirme, au nom de la cour, à la p. 4:

[TRADUCTION] Un plaidoyer de culpabilité implique que l'accusé connaît le droit touchant la peine à laquelle son plaidoyer l'expose; de plus, une personne qui fait l'objet d'une demande en vertu de la disposition relative aux délinquants dangereux serait au courant de son casier judiciaire et connaîtrait le type de renseignements que possèdent les autorités à son sujet, et cela ferait partie de ses connaissances relatives à la peine que risque d'entraîner un plaidoyer de culpabilité.

Le juge Macdonald a cependant fait remarquer qu'il est possible d'envisager une situation où un plaidoyer de culpabilité pourrait être écarté. C'est ce qui arriverait si la cour était convaincue que l'accusé ne comprenait pas entièrement la nature de l'accusation ni les conséquences possibles d'un plaidoyer de culpabilité. Il n'y avait toutefois rien dans les faits qui permettait de conclure que l'accusé n'avait pas cette connaissance. Je souligne d'ailleurs que si de tels faits avaient existé, l'accusé aurait eu des voies de recours indépendantes de celles prévues par l'art. 24 de la *Charte*.

Il me semble difficile de préciser en quoi le fait de ne pas avoir reçu un avis avant le moment légalement prévu a pu nuire aux intérêts de l'appelant en matière de liberté. On n'a jamais allégué, ni en cette Cour ni devant les tribunaux d'instance

(where this issue was not even addressed), that the appellant did not appreciate the potential consequences of his plea; indeed, Part XXI itself can be seen to provide notification that the dangerous offender provisions are invocable if "serious personal injury offences" are committed by an accused. Nor is it alleged, for example, that the accused was unfairly taken by surprise by the application, that he was not represented by competent counsel, or that counsel pressured him to plead guilty against his will, etc. (see, e.g., *Lamoureux v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 369 (Que. C.A.)) Rather, the complaint appears simply to be that the appellant did not know that the Crown was actually contemplating making a Part XXI application.

Subsequent dissatisfaction with the "way things turned out" or with the sentence received is not, in my view, a sufficient reason to move this Court to inquire into the reasons behind the election or plea of an offender, particularly where there is nothing to suggest that these were anything other than informed and voluntary acts; see, e.g., *Antoine v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 375 (Que. C.A.)

### Conclusion

I would dismiss the appeal and answer the first constitutional question in the negative. It is, therefore, unnecessary to consider the second constitutional question.

The following are the reasons delivered by

LAMER J. (dissenting in part)—I have read the reasons for judgment prepared by my colleague, Justice La Forest, and I am in substantial agreement with most of what he has written. In particular, I agree with him that, in principle, the imposition of a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period on an offender found to be a "dangerous offender" under Part XXI of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, does not violate the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or the specific guarantees of s. 11 and that such a sentence does not constitute arbitrary imprisonment under s. 9 or cruel and unusual punishment under s. 12.

inférieure (où cette question n'a même pas été débattue), que l'appelant ne s'est pas rendu compte des conséquences possibles de son plaidoyer; en fait, la partie XXI elle-même indique que les dispositions relatives aux délinquants dangereux peuvent être invoquées si l'accusé a commis des «sévices graves à la personne». On n'allègue pas non plus, par exemple, que l'accusé a été injustement pris au dépourvu par la demande, ni qu'il n'a pas été représenté par un avocat compétent, ni que l'avocat l'a incité à plaider coupable contre son gré, etc. (voir, par exemple, *Lamoureux v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 369 (C.A. Qué.)) L'appelant paraît plutôt se plaindre simplement de ce qu'il ne savait pas que le ministère public envisageait de présenter une demande fondée sur la partie XXI.

L'insatisfaction subséquente devant la «manière dont les choses ont tourné» ou devant la peine infligée ne suffit pas, selon moi, pour amener cette Cour à faire enquête sur les motifs du choix ou du plaidoyer d'un délinquant, surtout lorsqu'il n'y a rien qui indique que ce choix et ce plaidoyer ne traduisaient pas un geste éclairé et volontaire de sa part: voir, par exemple, *Antoine v. R.* (1984), 40 C.R. (3d) 375 (C.A. Qué.)

### Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre par la négative à la première question constitutionnelle. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la seconde question constitutionnelle.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER (dissident en partie)—J'ai lu les motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge La Forest et je suis essentiellement d'accord avec la plupart de ses observations. Plus particulièrement, je conviens avec lui qu'en principe l'imposition d'une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée, à un délinquant jugé «dangereux» en vertu de la partie XXI du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, ne viole ni les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ni les garanties précises énoncées à l'art. 11, et qu'une telle peine ne constitue pas un emprisonnement arbitraire au sens de l'art. 9 ni une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12.

The appellant has also challenged the procedure whereby an offender is found to be a dangerous offender. While I agree with my colleague La Forest J. that most of the arguments raised by the appellant fail, I find two of these arguments to be very strong. The appellant argued that the procedure in Part XXI infringed his rights under ss. 7 and 11 of the *Charter* in that he was not given notice of the Part XXI application until after he had pleaded guilty to the serious personal injury offences and that s. 689(2) of the *Code* excludes the jury from the determination of dangerousness.

The first question that must be decided is whether the offender against whom a Part XXI application is brought is entitled only to the general protection of s. 7 or whether he also benefits from the particular guarantees in s. 11. Section 7 guarantees the general right not to be deprived of one's life, liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. Section 11 enumerates some of the principles of fundamental justice that apply in a particular context: where the person is "charged with an offence", the principles of fundamental justice include the particular guarantees set out in paras. (a) to (i) of s. 11. If the person is not "charged with an offence", it is necessary to determine the principles of fundamental justice applicable in that context.

In my view, a person against whom an application under Part XXI is brought is a "person charged with an offence" under s. 11 of the *Charter* and is entitled to the particular guarantees set out in s. 11. Generally speaking, a person is "charged with an offence" under s. 11 if and as of the moment that a formal allegation is made against him which, if found to be true, will give a judge jurisdiction to impose a criminal or penal sanction against him. Under Part XXI, if the court finds that the offender is a dangerous offender then, rather than imposing a determinate sentence within the limits provided for the offence for which the offender was convicted, the court may impose a sentence of detention in a penitentiary for an

L'appellant attaque en outre la procédure par laquelle un délinquant est jugé dangereux. Bien que je sois d'accord avec mon collègue le juge La Forest pour dire que la plupart des arguments soulevés par l'appellant doivent être écartés, il y en a deux que je trouve fort convaincants. L'appellant a soutenu que la procédure prévue à la partie XXI porte atteinte aux droits que lui garantissent les art. 7 et 11 de la *Charte*, en ce sens qu'on ne l'a avisé de la demande fondée sur la partie XXI qu'après son plaidoyer de culpabilité de l'infraction d'avoir commis des sévices graves à la personne et en ce sens que le par. 689(2) du *Code* ne permet pas que la dangerosité soit déterminée par un jury.

La première question à trancher est de savoir si le délinquant qui fait l'objet d'une demande fondée sur la partie XXI a droit seulement à la protection générale de l'art. 7 ou s'il bénéficie également des garanties particulières de l'art. 11. L'article 7 garantit le droit général à ce qu'il ne soit porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et la sécurité de la personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Quant à l'article 11, il énumère certains principes de justice fondamentale qui s'appliquent dans un contexte particulier: dans le cas d'un «inculpé», les principes de justice fondamentale comprennent les garanties particulières énoncées aux al. a) à i) de l'art. 11. Si toutefois il ne s'agit pas d'un «inculpé», il devient nécessaire de déterminer les principes de justice fondamentale applicables dans ce cas.

À mon avis, une personne visée par une demande fondée sur la partie XXI est un «inculpé» au sens de l'art. 11 de la *Charte* et a le droit de bénéficier des garanties particulières de l'art. 11. En général, une personne est un «inculpé» au sens de l'art. 11 dès lors qu'elle fait l'objet d'une allégation formelle qui, si elle est jugée véridique, donnera à un juge compétence pour imposer à cette personne une sanction criminelle ou pénale. Suivant la partie XXI, si la cour estime que le délinquant est dangereux, alors, plutôt que de lui imposer une peine d'une durée déterminée dans les limites prévues pour l'infraction dont il a été déclaré coupable, elle peut lui infliger une peine de détention dans un pénitencier pour une période

indeterminate period. The conclusion that the offender is a dangerous offender gives the court jurisdiction to impose a greater sentence. The status of being a dangerous offender is thus in my view an offence for the purposes of s. 11 and the offender is charged with an offence when an application is brought under Part XXI. Furthermore, the purpose of s. 11(f) of the *Charter* is to guarantee that anyone in jeopardy of being sentenced to imprisonment for five years or more as a result of a determination of guilt has the right to have that determination made by a jury. To say that an application under Part XXI is not a charge of an offence violates in my respectful view the spirit of the *Charter* and leaves without that protection offered most persons in jeopardy when charged with an indictable offence those put in one of the most serious jeopardies our law has created.

Two reasons have been advanced for concluding that s. 11 does not apply. First, it is said that the accepted view in Canada is that the Part XXI procedure is not a separate offence but is simply part of the sentencing process with respect to the serious personal injury offence for which the offender was convicted. Two decisions of this Court, *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 373 and *Wilband v. The Queen*, [1967] S.C.R. 14, support this proposition. In addition, the post-*Charter* cases of *R. v. Simon (No. 2)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 478 (N.W.T.S.C.), and *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (Ont. C.A.), held that s. 11 is not applicable to proceedings under Part XXI. The wording of Part XXI and the fact that it follows immediately the part of the *Code* entitled "Punishments, Fines, Forfeitures, Costs and Restitution of Property" are also indications that Part XXI relates to sentencing. None of this, however, is conclusive. The pre-*Charter* decisions of this Court are not, of course, determinative of the scope of *Charter* rights, but they do carry some weight (see *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at pp. 637-40). The same is true of the post-*Charter* decisions of lower courts. Finally, it is not the form of the challenged provisions but rather their substance which must be considered. It is clear that Parliament, when enacting Part XXI, wanted this issue to be treated as part of the sentencing pro-

indéterminée. Du moment qu'elle décide qu'il s'agit d'un délinquant dangereux, la cour est autorisée à imposer une peine plus lourde. Le statut de délinquant dangereux constitue donc, selon moi, une infraction aux fins de l'art. 11 et le délinquant est inculqué dès qu'une demande est présentée en vertu de la partie XXI. Qui plus est, l'al. 11f) de la *Charte* a pour objet de garantir à quiconque risque de se voir imposer une peine d'emprisonnement d'au moins cinq ans par suite d'un verdict de culpabilité, le droit à ce que ce verdict soit rendu par un jury. Affirmer alors qu'une demande fondée sur la partie XXI ne constitue pas une inculpation va, selon moi, à l'encontre de l'esprit de la *Charte* et prive de la protection offerte à la plupart des gens inculpés d'un acte criminel les personnes qui sont exposées à l'un des plus graves périls qu'ait créé notre droit.

Deux raisons ont été avancées pour conclure que l'art. 11 ne s'applique pas. On prétend d'abord que le point de vue accepté au Canada porte que la procédure prévue par la partie XXI ne constitue pas une infraction distincte, mais fait simplement partie du processus de détermination de la sentence relativement aux sévices graves à la personne dont le délinquant a été déclaré coupable. Deux arrêts de cette Cour, *Brusch v. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 373, et *Wilband v. The Queen*, [1967] R.C.S. 14, appuient cette proposition. De plus, les décisions *R. v. Simon (No. 2)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 478 (C.S.T.N.-O.), et *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (C.A. Ont.), rendues après l'entrée en vigueur de la *Charte*, établissent que l'art. 11 ne s'applique pas aux procédures engagées en vertu de la partie XXI. Le texte même de la partie XXI et le fait qu'elle suit immédiatement la partie du *Code* intitulée «Peines, amendes, confiscations, frais et restitution de biens» sont aussi des indices que ladite partie XXI se rapporte à la détermination de la peine. Tout cela n'a cependant rien de concluant. Il va sans dire que même si les arrêts rendus par cette Cour, avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, ne sont nullement déterminants en ce qui concerne la portée des droits garantis par la *Charte*, ils ont cependant un certain poids (voir *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, aux pp. 637 à 640). Il en va de même des décisions



cess, but the question is not what was intended but whether it falls within the letter and spirit of the *Charter*. In my view, Part XXI is very different from sentencing provisions. A conviction gives the judge jurisdiction to impose a determinate sentence between the minimum and the maximum (if any) set out in the provision creating the offence. The judge will make further findings of fact to help him decide which sentence within that permitted range should be imposed. The permitted range of sentences is not affected by these findings of fact. Thus, a conviction for a serious personal injury offence gives the judge jurisdiction to impose a determinate sentence. Under Part XXI, however, the further finding of fact that the offender is a dangerous offender gives the judge jurisdiction to impose a different and more severe sentence. It is not simply a finding made in the exercise of his jurisdiction to impose a sentence but it is a finding that gives him new jurisdiction to impose a more severe sentence, indeed a drastically more severe sentence. It is the finding of dangerousness and not the conviction for the personal injury offence that gives the judge jurisdiction to impose an indeterminate sentence. The conviction for the serious personal injury offence is the basis for commencing the proceedings under Part XXI but, in my respectful view, Part XXI cannot be characterized as simply part of the sentencing process with respect to the serious personal injury offence. Part XXI involves the imposition of a punishment greater than that provided for the serious personal injury offence after a new finding of fact, and is thus a separate offence.

rendues par des tribunaux d'instance inférieure après l'entrée en vigueur de la *Charte*. En dernier lieu, ce dont on doit tenir compte est non pas la forme des dispositions contestées mais leur substance. Il est évident que le Parlement, en adoptant la partie XXI, a voulu que cela soit considéré comme faisant partie du processus de détermination de la peine, mais la question est non pas de savoir ce qu'on a voulu faire, mais plutôt de savoir si la lettre et l'esprit de la *Charte* ont été respectés. À mon avis, la partie XXI est fort différente des dispositions en matière de sentence. Une déclaration de culpabilité autorise le juge à imposer une peine d'une durée déterminée qui se situe entre le minimum et le maximum (s'il en est) prévus par la disposition créant l'infraction. Ce juge tirera d'autres conclusions de fait qui l'aideront à décider quelle peine il convient d'imposer dans les limites permises. Ces conclusions de fait n'ont aucune incidence sur les peines minimales et maximales qui peuvent être infligées. Ainsi, une déclaration de culpabilité de sévices graves à la personne donne au juge la compétence pour imposer une peine d'une durée déterminée. Sous le régime de la partie XXI, cependant, le fait de conclure en outre que le délinquant est un délinquant dangereux donne au juge la compétence pour infliger une peine différente et plus sévère. Ce n'est pas simplement une conclusion tirée dans l'exercice de la compétence qu'il a pour imposer une sentence, mais il s'agit plutôt d'une conclusion qui lui confère une nouvelle compétence pour imposer une peine plus sévère, une peine qui est vraiment beaucoup plus lourde. C'est de la conclusion à la dangerosité et non pas de la déclaration de culpabilité de sévices à la personne que découle la compétence du juge pour imposer une peine d'une durée indéterminée. La déclaration de culpabilité de sévices graves à la personne constitue le fondement des procédures engagées en vertu de la partie XXI mais, à mon avis, on ne saurait affirmer que la partie XXI fait simplement partie intégrante du processus de détermination de la peine relativement aux sévices graves à la personne. À la partie XXI, il est question d'une nouvelle conclusion de fait qui entraîne une peine plus lourde que celle prévue pour les sévices graves à la personne; il est donc question d'une infraction distincte.

The second reason advanced for concluding that s. 11 does not apply to an application under Part XXI is the "all-or-nothing" approach to s. 11 set out by the majority in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500. In that case, it is stated that s. 11 must be restricted to circumstances in which all of the rights set out in s. 11 are applicable. It is suggested here that the presumption of innocence (s. 11(d)) and the right to reasonable bail (s. 11(e)) cannot have any application in the context of a Part XXI proceeding and that, as a result, s. 11 does not apply. With respect, I disagree. In my view, the offender against whom an application under Part XXI is brought has the right to be presumed not dangerous until the Crown proves beyond a reasonable doubt that he is dangerous. The pre-*Charter* case law imposed such a burden on the Crown: *R. v. Jackson* (1981), 61 C.C.C. (2d) 540 (N.S.C.A.) The mere fact that the terminology of guilt and innocence is awkward in the context of Part XXI must not interfere with this fundamental right. The right to bail in s. 11(e) is not absolute but is rather the right "not to be denied reasonable bail without just cause". In the context of Part XXI, the offender will just have been convicted of a serious personal injury offence such that there will always exist a just cause for denying bail. This does not mean, however, that s. 11(e) has no application to Part XXI proceedings. All it means is that the norm set out in s. 11(e) will seldom enure to the benefit of the offender, as is the case with respect to many other offences set out in the *Code*, such as premeditated murder. I would thus conclude that an offender against whom an application under Part XXI is brought is entitled to the guarantees set out in s. 11.

This brings us back to the two arguments set forth by the appellant: that the notice was inadequate and that he was denied the benefit of trial by

La seconde raison avancée pour conclure que l'art. 11 ne s'applique pas à une demande fondée sur la partie XXI est que cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, a rejeté toute «demi-mesure» en ce qui concerne l'art. 11. Cet arrêt établit que l'application de l'art. 11 doit se limiter aux cas où tous les droits énoncés à l'art. 11 sont applicables. On soutient en l'espèce que la présomption d'innocence (al. 11d)) et le droit à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable (al. 11e)), ne s'appliquent pas dans le cas d'une procédure fondée sur la partie XXI et que, par conséquent, l'art. 11 est inapplicable. Avec égards, je ne partage pas cette opinion. À mon sens, le délinquant visé par une demande fondée sur la partie XXI jouit du droit d'être présumé non dangereux jusqu'à ce que le ministère public ait prouvé hors de tout doute raisonnable qu'il est dangereux. La jurisprudence antérieure à la *Charte* imposait au ministère public une telle obligation: *R. v. Jackson* (1981), 61 C.C.C. (2d) 540 (C.A.N.-É.) Le simple fait que les termes de culpabilité et d'innocence se révèlent d'un emploi difficile dans le contexte de la partie XXI ne doit venir entraver l'exercice de ce droit fondamental. Le droit à la mise en liberté assortie d'un cautionnement que garantit l'al. 11e) n'est pas absolu; il s'agit plutôt du droit «de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable». Dans le contexte de la partie XXI, le délinquant viendra tout juste d'être déclaré coupable de sévices graves à la personne, de sorte qu'il existera toujours une juste cause pour lui refuser une mise en liberté assortie d'un cautionnement. Cela ne signifie pas toutefois que l'al. 11e) ne s'applique pas à des procédures fondées sur la partie XXI. Cela veut simplement dire que la norme établie par l'al. 11e) jouera rarement en faveur du délinquant, tout comme c'est le cas en ce qui concerne un grand nombre d'autres infractions énoncées dans le *Code*, telles que le meurtre prémédité. Je conclus donc qu'un délinquant qui fait l'objet d'une demande fondée sur la partie XXI a le droit de bénéficier de toutes les garanties de l'art. 11.

Voilà qui nous ramène aux deux arguments de l'appelant, savoir qu'il n'a pas reçu un avis suffisant et qu'on ne lui a pas permis de bénéficier d'un

jury. The right to the benefit of trial by jury is guaranteed by s. 11(f) which provides:

11. Any person charged with an offence has the right

(f) ... to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

The offence of being a dangerous offender is clearly one where "the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment". As a result, the offender is entitled to the benefit of a jury's determination of dangerousness. Section 689(2) of the *Code*, which provides that an application under Part XXI shall be heard and determined by the court without a jury, clearly restricts this right and must be declared inoperative unless it can be saved under s. 1 of the *Charter*.

The Crown and the Attorneys General have not attempted to justify under s. 1 the failure to provide a jury under Part XXI and, in my view, it would be very difficult to do so. The determination which the jury would be called upon to make under Part XXI is not unlike other determinations which juries make regularly and cannot be said to be beyond the competence of a jury. There is no evidence of any serious administrative problems which would be created by the presence of a jury at that stage of the proceedings. In effect, there is no suggestion that the failure to provide a jury is meant to serve any objective "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at p. 352) or relates to "concerns which are pressing and substantial" (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39). In these circumstances, I must conclude that s. 689(2) of the *Code* is not saved by s. 1.

The notice given by the Crown complied with s. 689(1)(b) which requires at least seven days notice

procès avec jury. Le droit de bénéficier d'un procès avec jury est garanti par l'al. 11f) dont voici le texte:

11. Tout inculpé a le droit:

f) ... de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

De toute évidence, le fait d'être un délinquant dangereux est une infraction à l'égard de laquelle «la peine maximale prévue [ ... ] est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave». Par conséquent, le délinquant a droit à ce que ce soit un jury qui détermine s'il est dangereux. Le paragraphe 689(2) du *Code*, aux termes duquel une demande faite en vertu de la partie XXI doit être entendue et décidée par la cour en l'absence du jury, apporte manifestement une restriction à ce droit et doit être déclaré inopérant, à moins de pouvoir être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Ni le ministère public ni les procureurs généraux n'ont tenté de justifier, en vertu de l'article premier, l'omission à la partie XXI de prescrire la présence d'un jury et, selon moi, il serait très difficile de le faire. En effet, la décision que le jury serait appelé à prendre sous le régime de la partie XXI n'est pas différente des autres décisions que des jurys prennent régulièrement et on ne saurait affirmer qu'elle outrepasserait la compétence d'un jury. Il n'a pas été établi que de graves problèmes administratifs résulteraient de la présence d'un jury à ce stade des procédures. En fait, personne ne laisse entendre que l'omission de prescrire la présence d'un jury vise à répondre à un objectif «suffisamment important [ ... ] pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 352), ni qu'elle se rapporte à des «préoccupations urgentes et réelles» (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 139). Dans ces circonstances, force m'est de conclure que le par. 689(2) du *Code* n'est pas sauvegardé par l'article premier.

L'avis donné par le ministère public était conforme à l'al. 689(1)(b), qui exige un préavis d'au

outlining the basis on which it is intended to found the application. The appellant does not allege that he was prejudiced in his defence to the Part XXI application because of any insufficiency of the notice and the notice appears to me to be sufficient for the Part XXI proceedings. Rather, he argues that he should have been given notice of the Crown's intention to proceed under Part XXI before his election and plea on the serious personal injury offence. It might well be that lack of notice violates an accused's rights under the *Charter* in regard of his trial for the serious personal injury offence. However, if the appellant is alleging that he was prejudiced in making his election and plea, then his remedy under s. 24(1) would be to challenge the proceedings leading to that conviction and to have it struck so that he could elect and plead accordingly. He has not, however, made any such allegation, challenged that conviction or sought any such remedy, so it is unnecessary to consider whether we would have granted any remedy.

I would thus answer the constitutional questions in the following manner:

Question 1:

Whether the provisions of Part XXI of the *Criminal Code* of Canada, dealing with an application for finding, and sentencing, an individual as a dangerous offender, in whole or in part, infringe or deny the rights guaranteed by ss. 7, 9, 11 and/or 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer:

The procedure set out in Part XXI restricts the right guaranteed by s. 11(f). The substance of Part XXI does not infringe s. 7, s. 11 or s. 12 and the procedure does not otherwise infringe s. 7 or s. 11. The appellant's arguments under s. 9 fail.

Question 2:

If so, then are the provisions of Part XXI of the *Criminal Code*, in whole or in part, justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

moins sept jours francs indiquant ce sur quoi la demande se fonde. L'appelant n'allègue pas que l'avis comportait une insuffisance qui a nui à la défense qu'il pouvait opposer à la demande fondée sur la partie XXI et cet avis me paraît suffisant aux fins des procédures fondées sur cette partie. Il soutient plutôt qu'il aurait dû être avisé de l'intention de la poursuite de procéder en vertu de la partie XXI avant de faire son choix et d'inscrire son plaidoyer relativement à l'accusation d'avoir commis des sévices graves à la personne. Il se pourrait bien que l'absence d'avis porte atteinte aux droits garantis à un accusé par la *Charte* en ce qui a trait à son procès pour sévices graves à la personne. Toutefois, dans la mesure où l'appelant allègue avoir subi un préjudice en faisant son choix et son plaidoyer, alors le recours que lui offre le par. 24(1) consiste à attaquer les procédures qui ont abouti au verdict de culpabilité et à obtenir que celui-ci soit annulé de manière à pouvoir faire son choix et son plaidoyer en conséquence. Cependant, il n'a fait aucune allégation de cette nature et il n'a pas contesté le verdict de culpabilité ni essayé d'obtenir la réparation susmentionnée. Point n'est donc besoin d'examiner si nous aurions accordé une réparation.

Je suis donc d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

Première question:

Les dispositions de la partie XXI du *Code criminel* du Canada portant sur une demande visant à faire déclarer qu'une personne est un délinquant dangereux et sur l'imposition d'une peine à la personne ayant fait l'objet d'une telle déclaration, portent-elles atteinte en totalité ou en partie aux droits garantis par les art. 7, 9, 11 et 12, ou l'un ou l'autre de ces articles, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse:

La procédure énoncée à la partie XXI apporte une restriction au droit garanti par l'al. 11f). Sur le plan du fond, la partie XXI ne porte atteinte ni à l'art. 7, ni à l'art. 11, ni à l'art. 12 et, sur le plan de la procédure, elle ne viole par ailleurs ni l'art. 7 ni l'art. 11. Les arguments de l'appelant fondés sur l'art. 9 sont rejetés.

Deuxième question:

Dans l'affirmative, les dispositions de la partie XXI du *Code criminel* sont-elles alors justifiées, en totalité ou en partie, compte tenu de l'article premier de la *Charte*

and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer:

Section 689(2), the provision in Part XXI which restricts s. 11(f), is not justified on the basis of s. 1 of the *Charter*.

As a result, I would declare s. 689(2) of the *Code* to be inoperative, and I would allow the appeal and quash the order declaring the appellant to be a dangerous offender and the sentence of a term of detention in a penitentiary for an indeterminate period. I would remit the matter to the County Court so that the appellant can elect whether he wants the determination of dangerousness made by a judge alone or by a judge and jury. I should note in passing that there is no difficulty in this case because the trial court for the serious personal injury offence can sit with a jury. However, legislation may be necessary in cases where the trial court cannot sit with a jury.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting in part)—I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues, Justices La Forest and Lamer, but find it necessary to write brief reasons of my own because I am persuaded of the merit of the appellant's submission under s. 7 of the *Charter*. With respect to the appellant's submissions under ss. 9 and 12 of the *Charter*, I would respectfully adopt the reasons and conclusions of La Forest J. I leave open the question whether a person against whom a Part XXI application is brought is a "person charged with an offence" within the meaning of s. 11. It is not necessary for me to decide this since I find that the appellant is protected by the more general provision of s. 7.

It is, in my view, a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* that an accused know the full extent of his jeopardy before he pleads guilty to a criminal offence for which a term of imprisonment may be imposed. Common sense impels me to the conclusion that the thought

*canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse:

Le paragraphe 689(2), qui est la disposition de la partie XXI qui limite la portée de l'al. 11f), n'est pas justifié compte tenu de l'article premier de la *Charte*.

Par conséquent, je suis d'avis de déclarer inopérant le par. 689(2) du *Code*, d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance portant que l'appelant est un délinquant dangereux, ainsi que la condamnation à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée. Je suis en outre d'avis de renvoyer l'affaire devant la Cour de comté pour que l'appelant puisse décider s'il veut que la détermination de sa dangerosité soit faite par un juge seul ou encore par un juge et un jury. Il convient de souligner en passant que la présente affaire ne pose aucune difficulté du fait que le tribunal chargé d'instruire le procès relatif aux sévices graves à la personne peut tenir ses séances avec un jury. Il se peut toutefois qu'il soit nécessaire de légiférer dans les cas où la juridiction de jugement ne peut siéger avec un jury.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente en partie)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges La Forest et Lamer mais, étant convaincue du bien-fondé de l'argument avancé par l'appelant en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, je crois devoir rédiger moi-même de brefs motifs. Quant aux autres arguments de l'appelant, savoir ceux fondés sur les art. 9 et 12 de la *Charte*, je suis d'avis d'adopter les raisons et les conclusions du juge La Forest. Je m'abstiens de répondre à la question de savoir si la personne visée par une demande fondée sur la partie XXI est un «inculpé» au sens de l'art. 11. Il ne m'est pas nécessaire de me prononcer sur cette question étant donné que l'appelant est protégé par la disposition plus générale de l'art. 7.

À mon avis, un des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte* exige qu'un accusé connaisse toute l'ampleur du péril auquel il est exposé avant de plaider coupable à une accusation d'infraction criminelle pouvant entraîner une peine d'emprisonnement. Le bon sens m'oblige à

uppermost in an accused's mind in deciding whether to plead guilty or stand upon his right to be presumed innocent until proved otherwise beyond a reasonable doubt by the Crown is: what is the worst that can happen to me if I am convicted of this offence? I think we have to ask ourselves the following question: had this accused known at the time he pleaded guilty that the Crown would be seeking an order of preventive detention against him for an indeterminate period, would he have pleaded guilty? If the answer to that question is probably not, then I think the accused is entitled to the protection of s. 7 unless knowledge of his exposure to such an order under Part XXI of the *Code* can properly be attributed to him simply by virtue of its presence in the *Code*.

I have concluded that such knowledge cannot be attributed to the accused. The *Code* expressly contemplates that notice will be given to the accused of the Crown's intention to make a Part XXI application. True, it is only required to be given seven days following the making of the application (s. 689(1)(b)) which is itself to be made "following the conviction of a person for an offence but before the offender is sentenced therefor" (s. 688). But I find this helpful rather than harmful in considering whether the appellant should have envisaged such an application at the time he made his plea. I would think also that the fact that such applications are rare and probably even rarer in the case of 16-year-olds would make it unrealistic to attribute such knowledge to appellant's counsel and, through him, to the appellant.

Having said that, I turn to the point raised by Lamer J. towards the end of his reasons. He states at p. 378:

It might well be that lack of notice violates an accused's rights under the *Charter* in regard of his trial for the serious personal injury offence. However, if the appellant is alleging that he was prejudiced in making his election and plea, then his remedy under s. 24(1) would be to challenge the proceedings leading to that conviction.

conclure que ce à quoi songe avant toute chose un accusé en décidant de l'opportunité de plaider coupable ou de se prévaloir de son droit d'être présumé innocent tant que le contraire n'aura pas été établi hors de tout doute raisonnable, est ceci: Que peut-il m'arriver de pire si on me déclare coupable de cette infraction? Je crois qu'il faut se poser la question suivante: Si cet accusé avait su au moment de son plaidoyer de culpabilité que le ministère public allait demander que soit rendue contre lui une ordonnance de détention préventive pour une durée indéterminée, aurait-il tout de même plaidé coupable? Dans la mesure où la réponse à cette question est «probablement que non», j'estime que l'accusé a droit à la protection offerte par l'art. 7, à moins que la simple présence de la partie XXI dans le *Code* ne nous autorise à imputer à l'accusé la connaissance qu'il courait le risque d'être l'objet d'une ordonnance rendue en vertu de ladite partie.

Je suis arrivée à la conclusion que cette connaissance ne peut pas être imputée à l'accusé. Le *Code* prévoit expressément que l'accusé doit recevoir un avis de l'intention du ministère public de présenter une demande en vertu de la partie XXI. Certes, on n'est tenu de donner cet avis que sept jours après la présentation de la demande (al. 689(1)b)) qui doit être faite «postérieurement à la déclaration de culpabilité mais avant le prononcé de la sentence» (art. 688). Toutefois, selon moi, cela joue en faveur de l'appelant plutôt que contre lui lorsqu'il s'agit d'examiner s'il aurait dû envisager au moment de son plaidoyer la possibilité d'une telle demande. J'estime en outre que la rareté de ces demandes et la probabilité qu'elles sont encore plus rares dans le cas d'adolescents âgés de seize ans font qu'il est irréaliste d'attribuer cette connaissance à l'avocat de l'appelant et, partant, à l'appelant lui-même.

Cela dit, j'en viens au point soulevé par le juge Lamer qui, vers la fin de ses motifs, affirme, à la p. 378:

Il se pourrait bien que l'absence d'avis porte atteinte aux droits garantis à un accusé par la *Charte* en ce qui a trait à son procès pour sévices graves à la personne. Toutefois, dans la mesure où l'appelant allègue avoir subi un préjudice en faisant son choix et son plaidoyer, alors le recours que lui offre le par. 24(1) consiste à

tion and to have it struck so that he could elect and plead accordingly. He has not, however, made any such allegation, challenged that conviction or sought any such remedy, so it is unnecessary to consider whether we would have granted any remedy.

In my respectful view, it was open to the appellant to challenge his conviction or to make no attack on his conviction but challenge the order under Part XXI. He has gone the latter route. The accused may well have concluded that he was not prejudiced so far as the finding of guilt was concerned by the fact that his guilty plea was made in the absence of notice or knowledge that the Crown intended to seek such an order, but that he was prejudiced with respect to the making of the order. La Forest J. points out in his reasons that the order of preventive detention was additional punishment for the offence. I see no reason, therefore, why the accused should not take the position that he could properly be sentenced to the maximum determinate sentence if this was thought appropriate because this he could and ought to have envisaged, but that in pleading guilty he did not and could not have envisaged the making of the Part XXI order. This does not, however, mean that he must attack his conviction and that, if he does not do so, the Court cannot grant him a s. 24(1) remedy in relation to the order of preventive detention. This would be a very restrictive approach to *Charter* remedies. The appellant might well have felt that he would not succeed in a claim under s. 24(1) to set his conviction aside, that the Court would not view this as the appropriate and just remedy in the circumstances, but that it might consider it appropriate and just to set aside the order for additional punishment. I would resist any suggestion that an accused alleging a violation of his *Charter* rights must claim all or nothing.

attaquer les procédures qui ont abouti au verdict de culpabilité et à obtenir que celui-ci soit annulé de manière à pouvoir faire son choix et son plaidoyer en conséquence. Cependant, il n'a fait aucune allégation de cette nature et il n'a pas contesté le verdict de culpabilité ni essayé d'obtenir la réparation susmentionnée. Point n'est donc besoin d'examiner si nous aurions accordé une réparation.

*b*

À mon avis, l'appellant pouvait soit contester la déclaration de culpabilité, soit s'en abstenir et attaquer plutôt l'ordonnance rendue en vertu de la partie XXI. C'est de cette dernière façon qu'il a décidé de procéder. Il se peut bien que l'accusé ait conclu qu'en ce qui concerne le verdict de culpabilité, il n'a pas subi de préjudice du fait d'avoir plaidé coupable sans avoir été avisé ou sans avoir su que le ministère public comptait demander une telle ordonnance, mais qu'il ait estimé avoir subi un préjudice du fait que l'ordonnance a été rendue. Le juge La Forest souligne dans ses motifs que l'ordonnance de détention préventive constituait une peine supplémentaire pour l'infraction. Je ne vois donc rien qui s'oppose à ce que l'accusé adopte comme position qu'il pouvait légitimement être condamné à la peine maximale de durée déterminée si cela était jugé approprié, puisque c'était quelque chose qu'il pouvait et qu'il aurait dû envisager, tout en soutenant qu'en plaidant coupable il n'a pas envisagé ni ne pouvait envisager qu'une ordonnance serait rendue en vertu de la partie XXI. Cela ne veut toutefois pas dire qu'il est tenu de contester sa déclaration de culpabilité, sans quoi la Cour ne saurait lui accorder relativement à l'ordonnance de détention préventive une réparation en vertu du par. 24(1). Ce serait là une façon très restrictive d'aborder les réparations prévues par la *Charte*. Il se pourrait bien que l'appellant ait cru qu'une demande fondée sur le par. 24(1) visant à obtenir l'annulation de la déclaration de culpabilité ne réussirait pas, que la cour ne considérerait pas cela comme une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances, mais qu'elle pourrait juger convenable et juste d'annuler l'ordonnance imposant une peine supplémentaire. Je repousse toute idée selon laquelle un accusé qui allègue une violation des droits que lui garantit la *Charte* doit tout réclamer ou rien du tout.

For the reasons given, I would allow the appeal, quash the order made under Part XXI of the *Code* and the sentence of indeterminate detention and remit the matter back to the learned trial judge for the imposition of the appropriate determinate sentence.

*Appeal dismissed, LAMER and WILSON JJ. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Burke, Beveridge & Jordan, Halifax.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance rendue en vertu de la partie XXI du *Code* ainsi que la condamnation à une peine de détention pour une période indéterminée et de renvoyer l'affaire au juge du procès pour qu'il puisse imposer la peine de durée déterminée qui convient dans les circonstances.

*Pourvoi rejeté, les juges LAMER et WILSON sont dissidents en partie.*

*Procureurs de l'appelant: Burke, Beveridge & Jordan, Halifax.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*



**Patrick Llyn Albright** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ALBRIGHT

File No.: 18909.

1987: February 27; 1987: October 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Sentence — Proof of previous convictions — Failure to provide breath samples — Crown tendering certified extract of driving record to prove accused previous convictions — Whether such certificate admissible — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 7(2) — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 37 — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 75.*

*Evidence — Proof of previous convictions — Documentary evidence — Sentencing hearing — Crown tendering certified extract of driving record to prove accused previous convictions — Whether such certificate admissible — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 7(2) — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 37 — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 75.*

*Evidence — Hearsay — Sentencing hearing — Crown tendering certified extract of driving record to prove accused previous convictions — Hearsay evidence admissible at sentencing hearing when credible and trustworthy.*

*Evidence — Provincial laws of evidence — Applicability — Criminal matters — Scope of s. 37 of the Canada Evidence Act — Whether s. 37 restricted to the proof of matters within provincial competence.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Liberty of the person — Crown tendering certified extract of driving record to prove accused previous convictions — Whether Crown's failure to give sufficient notice that proof will be made by certificate violated s. 7 of the Charter.*

**Patrick Llyn Albright** *Appelant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. C. ALBRIGHT

N° du greffe: 18909.

1987: 27 février; 1987: 15 octobre.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Lamer et Wilson.EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

<sup>c</sup> *Droit criminel — Sentence — Preuve de déclarations de culpabilité antérieures — Refus de fournir des échantillons d'haleine — Extrait certifié du dossier de conduite automobile produit par le ministère public pour prouver les condamnations antérieures de l'accusé*  
<sup>d</sup> *— Admissibilité de ce certificat — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(2) — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 37 — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288, art. 75.*

<sup>e</sup> *Preuve — Preuve de déclarations de culpabilité antérieures — Preuve documentaire — Audience relative à la sentence — Extrait certifié du dossier de conduite automobile produit par le ministère public pour prouver les condamnations antérieures de l'accusé — Admissibilité de ce certificat — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(2) — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 37 — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288, art. 75.*

<sup>f</sup> *Preuve — Ouï-dire — Audience relative à la sentence — Extrait certifié du dossier de conduite automobile produit par le ministère public pour prouver les condamnations antérieures de l'accusé — Admissibilité de la preuve par ouï-dire à l'audience relative à la sentence lorsqu'elle est crédible et digne de foi.*

<sup>g</sup> *Preuve — Lois provinciales concernant la preuve — Applicabilité — Affaires criminelles — Portée de l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada — L'article 37 se limite-t-il à la preuve de faits relevant de la compétence provinciale?*

<sup>h</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la personne — Extrait certifié du dossier de conduite automobile produit par le ministère public pour prouver les condamnations antérieures de l'accusé — L'omission du ministère public de donner un avis suffisant de son intention de faire sa preuve au moyen d'un certificat constitue-t-elle une violation de l'art. 7 de la Charte?*

The accused was convicted of failing to provide a breath sample contrary to s. 235(2) of the *Criminal Code*. At the sentencing hearing, the Crown asked the court to impose a greater punishment because of previous convictions and established that notice had been given to the accused prior to his plea in compliance with s. 740 of the *Code*. The Crown produced a certified extract of the accused's driving record, pursuant to s. 75 of the British Columbia *Motor Vehicle Act*, as proof of the convictions. The certificate was held admissible by virtue of s. 37 of the *Canada Evidence Act*, and the accused was sentenced to the minimum term of imprisonment. The accused's appeals to the County Court and the Court of Appeal were dismissed. This appeal is to determine (1) whether the certified extract of the accused's driving record was admissible in evidence as proof of previous convictions, under the common law, or through the combined effect of s. 37 of the *Canada Evidence Act* and of s. 75 of the British Columbia *Motor Vehicle Act*; and (2) whether s. 7 of the *Charter* required that sufficient notice be given to an accused of the Crown's intention to prove the previous convictions by producing a certificate.

**Held:** The appeal should be dismissed.

The certified extract of the accused's driving record was admissible evidence at the sentencing hearing to prove previous convictions. Sections 500(4) and 594(1)(a) of the *Criminal Code*, which specifically deal with the proof of previous convictions in proceedings under the *Code*, do not indicate that proof of previous convictions may only be made as provided therein. In the absence of an express provision setting out the exclusive mode of proof of prior convictions in proceedings under the *Criminal Code*, the common law rule applies either through s. 7(2) of the *Code* or simply because Parliament has never replaced it. The certificate was admissible at common law because, irrespective of the hearsay rule, all credible and trustworthy evidence is admissible at a sentencing hearing.

The certificate, however, was inadmissible pursuant to s. 75 of the British Columbia *Motor Vehicle Act*. Section 37 of the *Canada Evidence Act* is restricted to the proof of matters within provincial competence. While it is true that a driving record is generally a matter within provincial competence, the particular aspect of the driv-

L'accusé a été déclaré coupable d'avoir refusé de fournir un échantillon d'haleine, en contravention du par. 235(2) du *Code criminel*. À l'audience relative à la sentence, le ministère public a demandé à la cour d'infliger à l'accusé une plus forte peine en raison de condamnations antérieures et a démontré qu'il s'était conformé à l'art. 740 du *Code* en donnant un avis à l'accusé avant que celui-ci ne fasse son plaidoyer. Comme preuve des condamnations, le ministère public a produit un extrait certifié du dossier de conduite automobile de l'accusé, en vertu de l'art. 75 de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique. Ce certificat a été jugé admissible en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'accusé s'est vu condamné à la peine d'emprisonnement minimale. Il a été débouté de ses appels devant la Cour de comté et devant la Cour d'appel. Le pourvoi vise à déterminer (1) si l'extrait certifié du dossier de conduite automobile de l'accusé est admissible, soit en vertu de la *common law*, soit en vertu de la combinaison de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l'art. 75 de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique, pour prouver les condamnations antérieures, et (2) si l'art. 7 de la *Charte* exige que le ministère public donne à un accusé un avis suffisant de son intention de produire un certificat pour faire la preuve des condamnations antérieures.

**Arrêt:** Le pourvoi est rejeté.

L'extrait certifié du dossier de conduite automobile de l'accusé était admissible en preuve à l'audience relative à la sentence pour prouver l'existence de condamnations antérieures. Le paragraphe 500(4) et l'al. 594(1)a) du *Code criminel*, qui portent directement sur la preuve de déclarations de culpabilité antérieures intervenues dans le cadre de procédures engagées en vertu du *Code*, n'indiquent pas que les déclarations de culpabilité antérieures peuvent seulement être prouvées de la manière y exposée. À défaut de disposition expresse prévoyant un seul et unique mode de preuve des déclarations de culpabilité antérieures dans des procédures engagées en vertu du *Code criminel*, c'est la règle de *common law* qui s'applique, soit en raison du par. 7(2) du *Code*, soit simplement parce que le législateur ne l'a jamais remplacée. Le certificat était admissible en *common law* parce que, indépendamment de la règle du oui-dire, toute preuve crédible et digne de foi peut être admise dans le cadre d'une audience relative à la sentence.

Le certificat ne pouvait toutefois être admis en vertu de l'art. 75 de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique. La portée de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* se limite à la preuve de faits qui sont du ressort des provinces. Certes, un dossier de conduite automobile relève généralement de la compétence pro-

ing record at issue here was prior convictions under the *Criminal Code*. This was clearly a matter within federal jurisdiction and s. 37 did not incorporate provincial legislation on this subject.

Finally, there was no merit in the accused's *Charter* argument. The certificate was admissible at common law and the absence, under the common law rule, of a requirement that sufficient notice be given when proof is being made by certificate did not violate the *Charter*. Although lack of notice could deprive an accused of an opportunity to verify the accuracy of the certificate and of cross-examining the officer who would otherwise have testified to prove the convictions, such a situation would rarely result in a violation of an accused's right to a fair trial. In these rare cases, the challenge should come through s. 24 of the *Charter*. In this case, there was no attempt to establish that the lack of notice caused a violation of the accused's right to a fair trial under the *Charter*. The accused did not even challenge the certificate's accuracy.

#### Cases Cited

**Applied:** *Marshall v. The Queen*, [1961] S.C.R. 123; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Blackstock* (1950), 97 C.C.C. 201; **referred to:** *R. v. Porter* (1983), 5 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Taylor*, [1964] 1 C.C.C. 207; *R. v. Reid*, [1970] 5 C.C.C. 368; *R. v. Duncan* (1984), 12 W.C.B. 100; *R. v. Wilkinson* (1978), 5 C.C.C. (3d) 278 (B.C. Co. Ct.), aff'd (1978), 5 C.C.C. (3d) 284 (C.A.); *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Richardson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 403.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 37.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 24.  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(27).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 7(2), 235(2) [rep. & subs. 1974-75-76, c. 93, s. 16], 500(4), 594(1)(a), 740.  
*Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 75 [rep. & subs. 1982, c. 36, s. 16].

#### Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.  
 Fortin, Jacques. *Preuve pénale*. Montréal: Thémis, 1984.

vinciale, mais ce dossier n'est en litige en l'espèce que dans la mesure où il fait état de condamnations antérieures en vertu du *Code criminel*. Cela relève clairement de la compétence fédérale et l'art. 37 n'opère pas l'incorporation de lois provinciales se rapportant à ce domaine.

Finalemment, l'argument de l'accusé basé sur la *Charte* est mal fondé. Le certificat était admissible en *common law* et le fait que la règle de *common law* n'exige pas qu'un avis suffisant soit donné de l'intention de faire sa preuve au moyen d'un certificat ne constitue pas une violation de la *Charte*. Bien que l'absence d'avis puisse priver un accusé de la possibilité de vérifier l'exactitude du certificat et de contre-interroger le fonctionnaire qui l'a établi et qui, autrement, aurait témoigné pour prouver les condamnations y mentionnées, cette absence d'avis contreviendra rarement le droit d'un accusé à un procès équitable. Dans les rares cas où cela se produira, toute contestation devra être fondée sur l'art. 24 de la *Charte*. En l'espèce, il n'y a eu aucune tentative de prouver que l'absence d'avis a violé le droit à un procès équitable garanti à l'accusé par la *Charte*. De fait, l'accusé n'a même pas contesté l'exactitude du certificat.

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués:** *Marshall v. The Queen*, [1961] R.C.S. 123; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *R. v. Blackstock* (1950), 97 C.C.C. 201; **arrêts mentionnés:** *R. v. Porter* (1983), 5 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Taylor*, [1964] 1 C.C.C. 207; *R. v. Reid*, [1970] 5 C.C.C. 368; *R. v. Duncan* (1984), 12 W.C.B. 100; *R. v. Wilkinson* (1978), 5 C.C.C. (3d) 278 (C. cté C.-B.), conf. (1978), 5 C.C.C. (3d) 284 (C.A.); *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. v. Richardson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 403.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 24.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(2), 235(2) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 16], 500(4), 594(1)a), 740.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27).  
*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 37.  
*Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 288, art. 75 [abr. & rempl. 1982, chap. 36, art. 16].

#### Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.  
 Fortin, Jacques. *Preuve pénale*. Montréal: Thémis, 1984.

Lagarde, Irénée. *Précis de la loi et des règles de la preuve en matière criminelle*, 1954.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal rendered July 24, 1984, affirming a judgment of the County Court, dismissing the accused's appeal from his conviction for failing to provide a breath sample. Appeal dismissed.

*Vincent Michaels*, for the appellant.

*W. G. Burke-Robertson, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—

#### Facts

The appellant was convicted in 1985 of failing to provide a breath sample, contrary to s. 235(2) of the *Criminal Code*. For a second or subsequent offence, the accused is, under s. 235(2), liable to a greater punishment. At the sentencing hearing, the Crown asked that the court impose a greater punishment because of previous convictions and established that notice had been given to the accused prior to his plea in compliance with s. 740 of the *Criminal Code* which requires that in order to impose a greater punishment the court must be satisfied that the defendant, before making his plea, was notified that, upon conviction, a greater punishment would be sought.

As actual proof of the convictions, the Crown simply produced a document entitled "Certified Extract of British Columbia Driving Record" pursuant to s. 75 of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288 (as amended by S.B.C. 1982, c. 36, s. 16). The document listed previous convictions. The accused objected to the production of the document on three grounds:

a) that said Notice of Greater Punishment lacked sufficient particularity;

Lagarde, Irénée. *Précis de la loi et des règles de la preuve en matière criminelle*, 1954.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, rendu le 24 juillet 1984, qui a confirmé un jugement de la Cour de comté, qui avait rejeté l'appel de l'accusé déclaré coupable d'avoir refusé de fournir un échantillon d'haleine. Pourvoi rejeté.

*Vincent Michaels*, pour l'appelant.

*W. G. Burke-Robertson, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—

#### Les faits

En 1985, l'appelant a été déclaré coupable d'avoir refusé de fournir un échantillon d'haleine, en contravention du par. 235(2) du *Code criminel*. Aux termes de ce paragraphe, la deuxième infraction et toute infraction subséquente rendent l'accusé passible d'une plus forte peine. À l'audience relative à la sentence, le ministère public a demandé à la cour d'infliger à l'accusé une plus forte peine en raison de condamnations antérieures et il a démontré qu'il s'était conformé à l'art. 740 du *Code criminel*, selon lequel une plus forte peine ne peut être imposée que si la cour est convaincue que le défendeur, avant de faire son plaidoyer, a été avisé que, s'il est déclaré coupable, on demandera une plus forte peine.

Comme preuve des condamnations antérieures, le ministère public a simplement produit, conformément à l'art. 75 de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 288 (modifié par S.B.C. 1982, chap. 36, art. 16), un document intitulé [TRADUCTION] «Extrait certifié du dossier de conduite automobile en Colombie-Britannique», qui faisait état des condamnations antérieures. L'accusé s'est opposé à la production de ce document pour les trois motifs suivants:

a) l'avis d'intention de demander une plus forte peine n'était pas suffisamment détaillé;

- b) that he was not sufficiently identified in the "Certified Extract of British Columbia Driving Record";
- c) that the "Certified Extract of British Columbia Driving Record" was not admissible at common law as retained by s. 7(2) of the *Criminal Code* despite s. 75 of the *Motor Vehicle Act* of B.C. and s. 37 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, as amended, which purport to allow for its admissibility.
- b) il n'était pas assez clairement identifié dans l'«Extrait certifié du dossier de conduite automobile en Colombie-Britannique»;
- c) en dépit de l'art. 75 de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique et de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, et modifications, qui semblent en autoriser l'admission, l'«Extrait certifié du dossier de conduite automobile en Colombie-Britannique» n'était pas admissible en *common law*, laquelle est maintenue par le par. 7(2) du *Code criminel*.

In this Court the appellant has not pursued the first two grounds, but has argued, in addition to his third ground, that he was entitled, under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to notice of the Crown's intention to proceed to proof of his previous convictions through the production of a certificate.

#### Legislation

##### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

#### Section 7

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.

##### *Criminal Code*

#### Section 7(2)

(2) The criminal law of England that was in force in a province immediately before the 1st day of April 1955 continues in force in the province except as altered, varied, modified or affected by this Act or any other Act of the Parliament of Canada.

##### *Canada Evidence Act*

#### Section 37

37. In all proceedings over which the Parliament of Canada has legislative authority, the laws of evidence in force in the province in which such proceedings are taken, including the laws of proof of service of any warrant, summons, subpoena or other document, subject to this and other Acts of the Parliament of Canada, apply to such proceedings.

En cette Cour, l'appelant a abandonné les deux premiers moyens, mais il a ajouté au troisième un argument selon lequel l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* lui donnait droit à un avis de l'intention du ministère public de prouver les condamnations antérieures par la production d'un certificat.

#### Les textes législatifs

##### *Charte canadienne des droits et libertés*

#### Article 7

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.

##### *Code criminel*

#### Paragraphe 7(2)

(2) Le droit criminel d'Angleterre qui était en vigueur dans une province immédiatement avant le 1<sup>er</sup> avril 1955 demeure en vigueur dans la province, sauf en tant qu'il est changé, modifié ou atteint par la présente loi ou toute autre loi du Parlement du Canada.

##### *Loi sur la preuve au Canada*

#### Article 37

37. Dans toutes les procédures qui relèvent de l'autorité législative du Parlement du Canada, les lois sur la preuve qui sont en vigueur dans la province où ces procédures sont exercées, y compris les lois relatives à la preuve de la signification d'un mandat, d'une sommation, d'une assignation ou d'une autre pièce s'appliquent à ces procédures, sauf la présente loi et les autres lois du Parlement du Canada.

*British Columbia Motor Vehicle Act*Section 75(1) (2) (3)

75.(1) A document that is certified by the superintendent as a true copy of or extract from a record kept by the superintendent is, without proof of the signature or official position of the person certifying, evidence of the record and of the facts stated in the document.

(2) A certificate of the superintendent that contains a statement based on the records kept by the superintendent is, without proof of the signature or official position of a person giving the certificate, evidence of the facts stated in the certificate.

(3) A document or certificate referred to in subsection (1) or (2) bearing a facsimile signature purporting to be the signature of the superintendent shall be received in all courts for purposes of those subsections without proof that the person applying the facsimile signature did so with lawful authority.

Judgments*Provincial Court of British Columbia*

Bendrodt Prov. Ct. J. held that the Crown, when seeking a greater penalty pursuant to s. 740 of the *Criminal Code* (repealed 1985), may rely upon the filing of the certified extract of a B.C. Driving Record by virtue of s. 37 of the *Canada Evidence Act*; he held himself to be bound by the judgment of the B.C. Court of Appeal in *R. v. Porter* (1983), 5 C.C.C. (3d) 277. He further held that the prosecution had established that the certified extract was indeed from the record of the accused, and that there was no need to particularize the previous convictions in the prosecution's notice of intention to seek greater punishment (*R. v. Taylor*, [1964] 1 C.C.C. 207 (B.C.C.A.)) The case of *R. v. Reid*, [1970] 5 C.C.C. 368 (B.C.C.A.), in his view stands only for the proposition that, if the Crown chooses to particularize, it ought to do so correctly.

The accused was sentenced to the minimum term of imprisonment—three months—to be served intermittently on week-ends.

*Motor Vehicle Act (Colombie-Britannique)*Paragraphes 75(1) (2) (3)

[TRADUCTION] 75.(1) Un document qui est certifié par le surintendant comme une copie ou un extrait conforme d'un dossier par lui tenu fait foi de l'existence de ce dossier et de l'exactitude des faits y énoncés, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature de la personne qui certifie ni sa qualité officielle.

(2) Un certificat du surintendant qui contient une déclaration fondée sur les dossiers par lui tenus fait foi de l'exactitude des faits y énoncés, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature de la personne qui délivre le certificat ni sa qualité officielle.

(3) Un document ou un certificat visé aux paragraphes (1) ou (2) qui est revêtu d'un fac-similé de la signature du surintendant est admissible devant tous les tribunaux aux fins des paragraphes susmentionnés, sans qu'il soit nécessaire de prouver que la personne qui y a apposé le fac-similé de signature était légalement autorisée à le faire.

Les jugements*Cour provinciale de la Colombie-Britannique*

Le juge Bendrodt de la Cour provinciale a conclu que l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* autorise le ministère public, qui cherche à obtenir l'imposition d'une plus forte peine en vertu de l'art. 740 du *Code criminel* (abrogé en 1985), à produire un extrait conforme du dossier de conduite en Colombie-Britannique; il s'est estimé lié par l'arrêt rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R. v. Porter* (1983), 5 C.C.C. (3d) 277. Il a jugé en outre que la poursuite avait établi que l'extrait certifié provenait effectivement du dossier de l'accusé et qu'elle n'avait pas à fournir dans son avis d'intention de demander une plus forte peine des détails concernant les condamnations antérieures (*R. v. Taylor*, [1964] 1 C.C.C. 207 (C.A.C.-B.)) Selon lui, l'arrêt *R. v. Reid*, [1970] 5 C.C.C. 368 (C.A.C.-B.), établit simplement que, si le ministère public choisit de fournir des détails, il doit le faire correctement.

L'accusé a été condamné à la peine minimale de trois mois d'emprisonnement, laquelle devait être purgée pendant les fins de semaine.

*County Court of Vancouver*

Skipp Co. Ct. J. dismissed the appeal because he was bound by *R. v. Duncan* (B.C.C.A., unreported, No. CA 001477, oral reasons delivered on March 29, 1984, and summarized at 12 W.C.B. 100) in which the B.C. Court of Appeal held that a certified extract of an accused's driving record could be introduced by the Crown to prove previous convictions.

*Court of Appeal of British Columbia*

Seaton J.A., writing for the Court, dismissed the appeal without reasons, emphasizing that the case law of the B.C. Court of Appeal precluded any other result but that it would be useful to have the views of the Supreme Court of Canada.

The Issues

The issues in this case can be framed as follows:

*First issue*

Is the "Certified Extract of British Columbia Driving Record" admissible in evidence as proof of previous convictions, under the common law, or is it through the combined effect of s. 37 of the *Canada Evidence Act* and of s. 75 of the *British Columbia Motor Vehicle Act*?

*Second issue*

Does section 7 of the *Charter* require that sufficient notice be given to the accused of the Crown's intent to proceed to proof of those convictions by resort to that certificate?

The First Issue

Parliament has the exclusive jurisdiction to legislate on the law of evidence in criminal matters by reason of s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. For the most part, Parliament has left the common law in place. It has supplemented the common law with the *Canada Evidence Act*, which deals generally with evidence within federal jurisdiction, and specific provisions in the *Criminal Code* and other legislation. The only specific provisions dealing with the proof of previous convictions in proceed-

*Cour de comté de Vancouver*

Le juge Skipp a rejeté l'appel sans motifs parce qu'il s'estimait lié par l'arrêt *R. v. Duncan* (C.A.C.-B., n° CA 001477, inédit, motifs oraux prononcés le 29 mars 1984 et résumés à 12 W.C.B. 100), dans lequel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'un extrait certifié du dossier de conduite automobile d'un accusé pouvait être produit par le ministère public pour prouver l'existence de condamnations antérieures.

*Cour d'appel de la Colombie-Britannique*

Le juge Seaton, au nom de la cour, a rejeté l'appel en soulignant seulement que la jurisprudence de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique excluait tout autre résultat, mais qu'il serait utile que la Cour suprême du Canada se prononce sur la question.

Les questions en litige

Les questions en litige peuvent être ainsi formulées:

*Première question*

Pour prouver des condamnations antérieures, l'«Extrait certifié du dossier de conduite automobile en Colombie-Britannique» est-il admissible en vertu de la *common law* ou en vertu de la combinaison de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l'art. 75 de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique?

*Deuxième question*

L'article 7 de la *Charte* exige-t-il que le ministère public donne à l'accusé un avis suffisant de son intention de se servir dudit certificat pour faire la preuve des condamnations en question?

La première question

Le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* investit le Parlement du pouvoir exclusif de légiférer relativement à la preuve en matière criminelle. Dans l'ensemble, le législateur fédéral a laissé intacte la *common law*. Il l'a complétée par la *Loi sur la preuve au Canada*, qui traite généralement de la preuve dans les domaines de compétence fédérale, ainsi que par des dispositions précises du *Code criminel* et d'autres lois. Or, les seules dispositions précises se rapportant à la

ings under the *Criminal Code* are ss. 500(4) and 594(1)(a) of the *Code*. The mode of proof set out in those provisions was not followed in this case, and the certificate would thus be inadmissible if these provisions set out the exclusive mode of proof of convictions in criminal matters.

Section 500(4) provides that a copy of a conviction certified by the judge or the proper officer of the court or proved to be a true copy is "sufficient evidence in any legal proceedings to prove the conviction of that person". Section 594(1)(a) adds that there is no need to prove the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate. The question that must be answered is whether, by providing this specific method of proving prior convictions, the *Criminal Code* excludes all others.

There is nothing in either s. 500(4) or s. 594(1)(a) to indicate that proof of convictions may only be made as provided therein. Rather, s. 500(4) states that the mode of proof provided therein is "sufficient evidence", which tends to indicate that there are other modes of proof. The Ontario Court of Appeal came to this conclusion in *R. v. Blackstock* (1950), 97 C.C.C. 201 at pp. 206-7:

Much was said upon the hearing of the appeal as to the sufficiency or insufficiency of the proof of all or any of the convictions. Mr. Borins contended that such proof must be made in compliance with the provisions of s. 23 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1927, c. 59 [now s. 23, R.S.C. 1970, c. E-10], which provides a mode for the proof in any of our Courts of "any proceeding or record whatsoever" of, in, or before our own Courts or those of other countries. Mr. Mathews relies upon s. 982 [now s. 594, R.S.C. 1970, c. C-34] of the *Code* itself which provides a method for proof of previous convictions. Proof of the numerous convictions mentioned in the notice to the appellant was sought to be made in documentary form of one kind or another. Undoubtedly upon the English authorities, which I adopt, the three previous convictions which are mentioned in s. 575C(1)(a) [now s. 688(2)(a), R.S.C. 1970, c. C-34] must be proved strictly, although much more latitude is allowed with

preuve de déclarations de culpabilité antérieures prononcées dans le cadre de procédures engagées en vertu du *Code criminel* sont le par. 500(4) et l'al. 594(1)a) du *Code*. Comme le mode de preuve établi par ces dispositions n'a pas été suivi en l'espèce, le certificat en cause serait inadmissible si ces dispositions énonçaient l'unique mode de preuve des déclarations de culpabilité en matière criminelle.

Le paragraphe 500(4) dispose qu'une copie d'une déclaration de culpabilité certifiée conforme par le juge ou par le fonctionnaire compétent de la cour ou avérée copie conforme constitue «une attestation suffisante, dans toutes procédures judiciaires, pour établir la condamnation» de la personne en question. L'alinéa 594(1)a) ajoute qu'il n'est pas nécessaire de prouver l'authenticité de la signature ni la qualité officielle du signataire. La question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si, en prévoyant cette méthode précise pour prouver les condamnations antérieures, le *Code criminel* exclut tout autre mode de preuve.

Ni le par. 500(4) ni l'al. 594(1)a) n'indique que les déclarations de culpabilité ne peuvent être prouvées que de la manière y exposée. De fait, il ressort du par. 500(4) que le mode de preuve prévu constitue une «attestation suffisante», ce qui semble indiquer qu'il en existe d'autres. C'est ce qu'a conclu d'ailleurs la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Blackstock* (1950), 97 C.C.C. 201, aux pp. 206 et 207:

[TRADUCTION] À l'audience en appel, on a beaucoup débattu de la question du caractère suffisant ou insuffisant de la preuve relative aux déclarations de culpabilité. M<sup>e</sup> Borins a soutenu que cette preuve doit se faire en conformité avec les dispositions de l'art. 23 de la *Loi de la preuve en Canada*, S.R.C. 1927, chap. 59 [maintenant l'art. 23, S.R.C. 1970, chap. E-10] qui prévoit un mode de preuve devant tous nos tribunaux pour «une procédure ou pièce quelconque» provenant de nos propres tribunaux ou de ceux d'autres pays. M<sup>e</sup> Mathews pour sa part invoque l'art. 982 [maintenant l'art. 594, S.R.C. 1970, chap. C-34] du *Code* lui-même qui prévoit une méthode pour prouver les déclarations de culpabilité antérieures. On a tenté d'établir l'existence des nombreuses condamnations mentionnées dans l'avis donné à l'appelant par une preuve documentaire d'un type ou d'un autre. Or, suivant la jurisprudence anglaise, que j'adopte, il ne fait pas de doute que les trois condamna-



respect to the proof of convictions not relied upon as comprising one of these necessary three: see *R. v. Turner*, [1910] 1 K.B. 346; *R. v. Franklin* (1909), 3 Cr. App. R. 48; *R. v. Chatway* (1910), 5 Cr. App. R. 151.

Neither s. 23 of the *Canada Evidence Act* nor s. 982 of the *Code* provide in effect that proof of a previous conviction, or even strict proof, may only be made as provided therein. Section 23 merely says that evidence of a proceeding or record "may be made" as therein provided, while s. 982 says merely that a certain certificate of a previous indictment and conviction, or a certain copy of a summary conviction shall, upon proof of the identity of the person of the offender, be sufficient evidence of the conviction.

This decision was followed in *R. v. Wilkinson* (1978), 5 C.C.C. (3d) 278 (B.C. Co. Ct.) and 284 (C.A.) and, in my view, it is correct.

In the absence of an express provision setting out the exclusive mode of proof of prior convictions in proceedings under the *Criminal Code*, the common law rule would apply. The common law of evidence is in force either through s. 7(2) of the *Code* or simply because Parliament has never replaced it.

In my view, the certificate is hearsay evidence and would not be admissible at trial unless one of the exceptions was applicable. There was much argument in this case as to the scope of the "public documents" exception. In my view, it is not necessary to deal with that question. The certificate is admissible at common law because, irrespective of the hearsay rule, all credible and trustworthy evidence is admissible at a sentencing hearing. In *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, Dickson J., as he then was, speaking for a majority of the Court, wrote at p. 414:

It is a commonplace that the strict rules which govern at trial do not apply at a sentencing hearing and it would be undesirable to have the formalities and tech-

tions antérieures visées à l'al. 575C(1)a [maintenant l'art. 688(2)a], S.R.C. 1970, chap. C-34] doivent être établies selon une preuve formelle, bien qu'une latitude beaucoup plus grande soit accordée à l'égard de la preuve de condamnations qu'on n'utilise pas au titre de ces trois condamnations nécessaires: voir *R. v. Turner*, [1910] 1 K.B. 346; *R. v. Franklin* (1909), 3 Cr. App. R. 48; *R. v. Chatway* (1910), 5 Cr. App. R. 151.

Ni l'article 23 de la *Loi de la preuve en Canada* ni l'art. 982 du *Code* ne prévoit en réalité que la preuve d'une déclaration de culpabilité antérieure, ou même la preuve au sens formel, ne peut être faite qu'en conformité avec leurs dispositions. L'article 23 porte simplement que la preuve d'une procédure ou d'une pièce «peut se faire» de la manière prévue dans son texte, tandis que l'art. 982 dit seulement qu'un certain certificat d'un acte d'accusation et d'une déclaration de culpabilité antérieurs ou une certaine copie d'une déclaration sommaire de culpabilité constitue, sur preuve de l'identité du délinquant, une preuve suffisante de la déclaration de culpabilité.

Cet arrêt a été suivi dans l'affaire *R. v. Wilkinson* (1978), 5 C.C.C. (3d) 278 (C. cté C.-B.) et 284 (C.A.) et, selon moi, il est bien fondé en droit.

À défaut de disposition expresse prévoyant un seul et unique mode de preuve des déclarations de culpabilité antérieures dans des procédures engagées en vertu du *Code criminel*, c'est la règle de *common law* qui s'applique. La *common law* en matière de preuve joue soit en raison du par. 7(2) du *Code*, soit simplement parce que le législateur ne l'a jamais remplacée.

À mon avis, le certificat constitue du oui-dire et est inadmissible au procès, sauf si l'une des exceptions est applicable. En l'espèce, on a beaucoup débattu de la portée de l'exception à l'égard des «documents publics». Selon moi, il n'est pas nécessaire que nous nous penchions sur cette question. Le certificat est admissible en *common law* parce que, indépendamment de la règle du oui-dire, toute preuve crédible et digne de foi peut être admise à l'audience relative à la sentence. Dans l'arrêt *R. v. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, le juge Dickson, alors juge puîné, a écrit ce qui suit au nom de cette Cour à la majorité, à la p. 414:

Tout le monde sait que les règles strictes qui régissent le procès ne s'appliquent pas à l'audience relative à la sentence et il n'est pas souhaitable d'imposer la rigueur

nicalities characteristic of the normal adversary proceeding prevail. The hearsay rule does not govern the sentencing hearing. Hearsay evidence may be accepted where found to be credible and trustworthy. The judge traditionally has had wide latitude as to the sources and types of evidence upon which to base his sentence. He must have the fullest possible information concerning the background of the accused if he is to fit the sentence to the offender rather than to the crime. [Emphasis added.]

A similar statement can be found in *Cross on Evidence* (6th ed. 1985) at pp. 8-9:

There are also significant differences in relation to the mixture of rules which applies to issues of fact which arise to be determined after the trial has concluded. In criminal cases issues of fact often arise in relation to the basis for sentencing the accused, or making some other order. In cases tried on indictment where the accused has a criminal record, a statement of his previous convictions and antecedents is prepared by the police in the form of a proof of evidence. This is intended to be used at the sentencing stage, though it is clear that many of the statements in it will amount to hearsay. It seems that this is immaterial so long as the facts are not disputed, but that if they are, it is necessary to prove them by evidence admissible under the rules for the trial.

The appellant did not dispute the fact of his convictions, but only the means by which they were to be proved.

Although this conclusion is determinative of the first issue in this case, serious queries with respect to the scope of s. 37 of the *Canada Evidence Act* have been made in the past, as in this case by Seaton J.A. of the British Columbia Court of Appeal, and in my view should therefore be addressed.

It is argued in this case that, irrespective of the common law rule, the certified extract of the driving record was admissible pursuant to s. 75(2) of the British Columbia *Motor Vehicle Act*. The provincial legislation, which, much like ss. 500(4) and 594(1)(a) of the *Code*, purports to be permis-

et le formalisme qui caractérisent normalement notre système de procédures contradictoires. La règle interdisant le oui-dire ne s'applique pas aux audiences relatives aux sentences. On peut recevoir des éléments de preuve par oui-dire s'ils sont crédibles et fiables. Jusqu'ici, le juge a joui d'une grande latitude pour choisir les sources et le genre de preuves sur lesquelles il peut fonder sa sentence. Il doit disposer des renseignements les plus complets possibles sur les antécédents de l'accusé pour déterminer la sentence en fonction de l'accusé plutôt qu'en fonction de l'infraction. [Je souligne.]

On trouve dans *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), aux pp. 8 et 9, une déclaration qui va dans le même sens:

[TRADUCTION] Il existe également des différences importantes en ce qui concerne l'ensemble de règles applicables aux questions de fait qui se posent après la clôture de l'instruction. Dans les affaires criminelles, ces questions de fait se rapportent souvent au fondement soit de la peine imposée à l'accusé, soit d'une autre ordonnance qui a pu être rendue. Dans les affaires où l'on procède par voie de mise en accusation et où l'accusé possède un casier judiciaire, la police dresse un état de ses condamnations antérieures et de ses antécédents, sous la forme d'une attestation de preuve. Cet état est destiné à être utilisé au stade de la détermination de la peine, bien qu'il soit évident qu'un bon nombre des allégations qu'il contient constitueront du oui-dire. Il semble que cela n'a aucune importance tant que les faits ne sont pas contestés mais, en cas de contestation, il faut les établir par une preuve admissible selon les règles applicables au procès.

En l'espèce, l'appelant contestait non pas le fait de ses condamnations, mais seulement les moyens par lesquels elles devaient être prouvées.

Quoique cette conclusion tranche la première question en litige, on s'est déjà interrogé sérieusement, comme l'a fait le juge Seaton de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce, sur la portée de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* et, à mon avis, il s'agit là d'un point qu'il convient de traiter ici.

En l'espèce on fait valoir que, peu importe la teneur de la règle de *common law*, l'extrait certifié du dossier de conduite automobile était admissible en vertu du par. 75(2) de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique. On prétend en effet que cette disposition provinciale qui, sensiblement

sive rather than exclusive, is said to be incorporated into the federal law of evidence by s. 37 of the *Canada Evidence Act*.

This Court has considered the scope of s. 37 of the *Canada Evidence Act* on two occasions.

In *Marshall v. The Queen*, [1961] S.C.R. 123, the Court was dealing with provincial legislation that purported to render inadmissible statements which would have been admissible at common law. Kerwin C.J. stated at p. 127:

... by common law a confession is admissible when it is proved to have been made voluntarily in the sense that it was not induced by threats or promises. I agree with the trial judge that the statements here in question were made voluntarily. If subs. 5 of s. 110 of the present Act purported to alter this rule, its application in a trial under the *Criminal Code* is excluded by that part of s. 36 [now s. 37, R.C.S 1970, c. E-10] of the *Canada Evidence Act* which is underlined because s. 7(1) of the *Criminal Code* retains the old common law ...

Cartwright J. stated at pp. 129-30:

It cannot assist the appellant unless s. 36 of the *Canada Evidence Act* can be interpreted as providing that where a law in the province in which criminal proceedings are taken renders a statement made under specified circumstances inadmissible in civil proceedings it shall be inadmissible in criminal proceedings also. Parliament has power to so enact, but it does not appear to me that the words of s. 36 are susceptible of the suggested interpretation, and I am forced to conclude that even on the assumption that the statement made by the appellant would have been rendered inadmissible in a civil trial arising out of the motor vehicle accident out of which the criminal charge against the appellant arose (a question which I find unnecessary to decide) they were not rendered inadmissible on the trial of that charge.

I realize that the view which I have expressed restricts the operation of s. 36 within narrow limits in so far as criminal proceedings are concerned, but the contrary view would involve the possibility of the law as to the admissibility in evidence in criminal proceedings of statements made by an accused person varying from

comme le par. 500(4) et l'al. 594(1)a) du *Code*, se veut créatrice d'une faculté plutôt que d'une règle absolue, a été incorporée dans le droit fédéral de la preuve par l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Cette Cour a déjà examiné à deux occasions la portée de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Dans l'affaire *Marshall v. The Queen*, [1961] R.C.S. 123, la Cour avait à se pencher sur une loi provinciale qui rendait inadmissibles des déclarations qui auraient été admissibles en *common law*. Le juge en chef Kerwin a dit, à la p. 127:

[TRADUCTION] ... en vertu de la *common law*, un aveu est recevable lorsqu'il est prouvé qu'il a été fait volontairement, c.-à-d. qu'il n'a pas été extorqué par des menaces ou des promesses. Je suis d'accord avec le juge du procès que les déclarations en cause ici ont été faites volontairement. Si le par. 5 de l'art. 110 de la Loi en cause vise à modifier cette règle, la partie soulignée de l'art. 36 [maintenant l'art. 37, S.R.C. 1970, chap. E-10] de la *Loi sur la preuve au Canada* en écarte l'application parce que le par. 7(1) du *Code criminel* maintient la *common law* ancienne ...

Le juge Cartwright a dit, aux pp. 129 et 130:

[TRADUCTION] Cela n'est d'aucun secours à l'appelant à moins que l'art. 36 de la *Loi sur la preuve au Canada* puisse s'interpréter comme prévoyant que, lorsqu'une loi en vigueur dans la province où des procédures criminelles ont été engagées rend inadmissible dans des procédures civiles une déclaration faite dans certaines circonstances précises, cette déclaration est également inadmissible dans des procédures criminelles. Le Parlement détient le pouvoir de légiférer ainsi, mais je ne crois pas que le texte de l'art. 36 puisse souffrir l'interprétation proposée; force m'est de conclure que, même à supposer que les déclarations faites par l'appelant eussent été inadmissibles dans un procès au civil résultant de l'accident d'automobiles qui a donné lieu à l'accusation criminelle portée contre lui (question à laquelle, selon moi, il n'est pas nécessaire de répondre), elles ne devenaient pas inadmissibles à l'instruction de cette accusation.

Je sais bien que l'opinion que je viens d'exprimer fixe des limites étroites au champ d'application de l'art. 36 dans le cas de procédures criminelles, mais si on adoptait le point de vue contraire, il se pourrait que, dans les procédures criminelles, le droit relatif à l'admissibilité en preuve de déclarations faites par un accusé varie

province to province and from year to year in accordance with provincial enactments dealing with the rules of evidence in civil cases. It would, in my opinion, require plainer words than have been used to enable us to construe s. 36 as having such an effect.

A similar conclusion was reached in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, where the Court held that the common law rule regarding the secrecy of police informers was incorporated into the criminal law by s. 7(2) of the *Criminal Code* such that provincial legislation could not, through s. 37 of the *Canada Evidence Act*, affect that rule. *Marshall* was followed in *R. v. Richardson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 403, with respect to a certificate of ownership of a motor vehicle.

Lagarde, in *Précis de la loi et des règles de la preuve en matière criminelle* (1954), came to the same conclusion (at p. 289):

[TRANSLATION] Section 36 of the Evidence Act, which refers to provincial laws on evidence, applies only where there are no other appropriate provisions of the Evidence Act or the Criminal Code. As we have seen, section 7 of the latter incorporates the provisions of the common law to deal with what it does not cover. In a criminal proceeding, therefore, the provisions of the Criminal Code are applied, and where this is silent, the provisions of the common law and of the Evidence Act. It is only when all these sources have been exhausted that provincial laws on evidence come into play.

as did Fortin in *Preuve pénale* (1984), at p. 18:

[TRANSLATION] In conclusion, the incorporation of the provincial law of evidence into the criminal law is more a matter of theory than practice. Only provincial statutes on evidence which do not differ from the rules specified by federal legislation or the common law are admissible. As under section 7(2) Cr.C. the common law is the supplementary law in evidentiary matters, there is no void that must be filled by provincial law.

In my view, s. 37 of the *Canada Evidence Act* must be given a narrow scope. I would thus agree with this Court's decisions in *Marshall* and *Bisaillon* where it held that the admissibility of confessions and the privilege respecting police informers are matters which are beyond provincial legislation under s. 37. To hold otherwise would allow unac-

d'une province à l'autre et d'une année à l'autre en fonction des textes provinciaux traitant des règles de preuve applicables en matière civile. À mon avis, il faudrait une rédaction plus claire pour que nous puissions prêter à l'art. 36 un tel effet.

Une conclusion similaire a été tirée dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, où la Cour a jugé que le par. 7(2) du *Code criminel* avait pour effet d'intégrer dans le droit criminel la règle de *common law* relative au secret de l'identité des indicateurs de police, de sorte qu'aucune loi provinciale ne pouvait, par le biais de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, déroger à cette règle. Dans l'arrêt *R. v. Richardson* (1980), 57 C.C.C. (2d) 403, l'arrêt *Marshall* a été appliqué à un certificat de propriété d'un véhicule automobile.

Lagarde, dans *Précis de la loi et des règles de la preuve en matière criminelle* (1954), est arrivé à la même conclusion, à la p. 289:

L'article 36 de la loi de la preuve, qui réfère aux lois provinciales de la preuve, ne s'applique qu'en l'absence d'autres dispositions appropriées de la loi de la preuve et du code criminel. Or, celui-ci, nous l'avons déjà noté, s'incorpore, par son article 7, les dispositions de la «common law» pour suppléer à ses déficiences. Ainsi donc, en matière criminelle, on applique les dispositions du code criminel, puis, en cas de silence de celui-ci, les dispositions de la «common law» et les dispositions de la loi de la preuve. C'est quand on a épuisé tous ces moyens qu'il faut recourir aux lois provinciales de la preuve.

Il en va de même de Fortin dans *Preuve pénale* (1984), à la p. 18:

En conclusion, la réception du droit provincial de la preuve en droit criminel est davantage théorique que pratique. En effet, seules les lois provinciales de la preuve ne dérogeant pas aux règles prévues par la législation fédérale ou par le *Common Law* peuvent être reçues. Or comme le *Common Law* est le droit supplétif en matière de preuve, en vertu de l'article 7(2) C.cr., les lois provinciales n'ont pas de vide à combler.

À mon avis, il faut donner à l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* une portée étroite. Je souscris donc aux arrêts *Marshall* et *Bisaillon* où cette Cour a conclu que l'admissibilité de confessions et le privilège relatif aux indicateurs de police sont des questions auxquelles aucune loi provinciale ne peut toucher en vertu de l'art. 37.

ceptable differences from province to province on fundamental matters of criminal evidence. Section 37 refers specifically to “the laws of proof of service of any warrant, summons, subpoena or other document”. The service of such documents is a matter within provincial competence and, in my view, s. 37 should be restricted to the proof of matters within provincial competence. While it is true that a driving record is generally a matter within provincial competence, the particular aspect of the driving record that is at issue here is prior convictions under the *Criminal Code*. This is clearly a matter within federal jurisdiction and, in my view, s. 37 does not incorporate provincial legislation on this subject.

### The Second Issue

If the Crown does not give advance notice of its intention to use a certificate, is there a violation of s. 7 of the *Charter*?

This issue was not addressed by respondent’s attorney in his factum. This is understandable as the appellant, though referring in his argument in his factum to lack of notice as violating s. 7 of the *Charter*, had not in this Court, nor in the courts below, framed it as one of the issues of the case. Be that as it may, I shall address this second issue briefly.

It is appellant’s contention that lack of notice deprives the accused of an opportunity to verify the accuracy of the certificate and of cross-examining the officer who would otherwise have testified to prove the convictions. Given the manner in which the issue was raised in his factum, I understand the appellant is arguing the common law, as regards hearsay in general in sentencing matters, and particularly resort to a certificate in this case, to be in violation of the *Charter* because of the lack of a requirement that notice must always be given that proof will be made by certificate. I cannot subscribe to such a proposition. The conduct of a trial in general, including the application of the rules of evidence in

Toute autre conclusion ouvrirait la voie à des différences inacceptables d’une province à l’autre sur des points fondamentaux de preuve pénale. L’article 37 vise expressément «les lois relatives à la preuve de la signification d’un mandat, d’une sommation, d’une assignation ou d’une autre pièce». La signification de ces documents relève de la compétence provinciale et, à mon avis, la portée de l’art. 37 doit se limiter à la preuve de faits qui sont du ressort des provinces. Certes, un dossier de conduite automobile relève généralement de la compétence provinciale, mais ce dossier n’est en litige en l’espèce que dans la mesure où il fait état de condamnations antérieures en vertu du *Code criminel*. Cela relève clairement de la compétence fédérale et, selon moi, l’art. 37 n’opère pas l’incorporation de lois provinciales se rapportant à ce domaine.

### La deuxième question

Si le ministère public omet de donner un préavis de son intention de se servir d’un certificat, y a-t-il violation de l’art. 7 de la *Charte*?

Voilà une question que l’avocat de l’intimée n’a pas abordée dans son mémoire. Cela se comprend d’ailleurs car l’appelant, bien que soutenant dans le sien que l’absence d’avis constituait une violation de l’art. 7 de la *Charte*, n’avait ni en cette Cour ni devant les tribunaux d’instance inférieure formulé cet argument comme question en litige. Quoiqu’il en soit, je vais brièvement analyser cette seconde question.

L’appelant fait valoir que l’absence d’avis prive l’accusé de la possibilité de vérifier l’exactitude du certificat et de contre-interroger le fonctionnaire qui, autrement, aurait témoigné pour prouver les condamnations. Étant donné la manière dont la question a été soulevée dans son mémoire, je crois comprendre que l’appelant prétend que la *common law*—telle qu’elle s’applique selon moi au oui-dire en matière de détermination de la peine et plus particulièrement au recours à un certificat en l’espèce—irait à l’encontre de la *Charte* en ce qu’elle n’exige pas qu’un avis soit toujours donné de l’intention de faire la preuve au moyen d’un certificat. Je ne puis souscrire à cette proposition. Il ne faut pas que la conduite d’un procès en général, y

a given case, must not result in the trial being unfair because the accused has been denied a full opportunity to prepare his case, challenge and answer the Crown's case. If a rule of law, statutory or common law, were framed in such a way that it would be *per se* a violation of the right to a fair trial, then the statute would be declared inoperative or the common law declared to be otherwise. This is not the case here. I cannot see lack of notice irrevocably resulting in such a situation. In itself the common law rule as regards the sentencing process is not in violation of the *Charter*. This is not to say that lack of notice and availability of the officer for cross-examination in a particular case could not result in a violation of the accused's right to a fair trial. In such a case the challenge would come through s. 24 and remedy would inure to the benefit of the accused upon proof of prejudice, or that the certificate evidence be excluded under s. 24(2) if the conditions of that subsection were met. But rare would be such a case. After all, an accused has first hand knowledge of his previous convictions. To know that the certificate is inaccurate does not require his questioning anyone; to raise the matter is also easy. Once the certificate's accuracy is seriously put in issue, it would be incumbent upon the Crown to call whomever signed the certificate and make him or her available for cross-examination by the accused.

But the *Charter* argument was not put to us within the structure of s. 24. Furthermore, and in any event, there was no attempt to establish that the lack of notice in any way caused a violation of this accused's rights to a fair trial under the *Charter*. The appellant in this case does not even challenge the certificate's accuracy. I find no merit in his *Charter* argument. I would accordingly dismiss this appeal.

compris l'application des règles de preuve dans un cas donné, soit une cause d'injustice du fait qu'on n'a pas accordé à l'accusé toutes les possibilités de préparer sa preuve et de contester et de réfuter celle du ministère public. Si une règle de droit, qu'elle découle d'une loi ou de la *common law*, était formulée de manière à constituer en soi une violation du droit à un procès équitable, la loi en question serait alors déclarée inopérante ou la *common law* serait déclarée tout autre. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Je ne crois pas que l'absence d'avis aboutisse inévitablement à une telle situation. La règle de *common law* relative au processus de détermination de la peine ne constitue pas en soi une violation de la *Charte*. Toutefois, cela ne veut pas dire que l'absence d'avis et l'impossibilité de contre-interroger le fonctionnaire dans un cas précis ne pourraient pas constituer une violation du droit de l'accusé à un procès équitable. La contestation serait alors fondée sur l'art. 24 et l'accusé obtiendrait une réparation s'il prouvait qu'il avait subi un préjudice, ou le certificat pourrait être écarté comme élément de preuve en vertu du par. 24(2), si les conditions établies par cette disposition étaient remplies. Mais cela se produirait rarement. Après tout, un accusé possède une connaissance de première main de ses condamnations antérieures. Il n'a pas à faire subir d'interrogatoire à qui que ce soit pour savoir que le certificat contient des inexactitudes. Il s'agit d'ailleurs d'une question qui est facile à soulever. Du moment que l'exactitude du certificat est sérieusement mise en cause, il incombe au ministère public d'en citer le signataire et de le mettre à la disposition de l'accusé afin qu'il puisse le contre-interroger.

Mais l'argument fondé sur la *Charte* ne nous a pas été présenté dans le contexte de l'art. 24. Qui plus est et en tout état de cause, il n'y a eu aucune tentative de prouver que l'absence d'avis a violé de quelque manière le droit à un procès équitable garanti à l'accusé par la *Charte*. L'appellant en l'espèce ne conteste même pas l'exactitude du certificat. Je tiens donc pour mal fondé son argument basé sur la *Charte*. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Layne & Company, Vancouver.*

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

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Layne & Company, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Alain Béland and Bruce Phillips** *Respondents*

INDEXED AS: R. v. BÉLAND

File No.: 18856.

1987: March 31; 1987: October 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Evidence — Polygraph evidence — Exclusionary rules — Accused denying participation in conspiracy to commit robbery — Motion by accused to take a polygraph examination and submit results in evidence refused — Whether such evidence admissible.*

*Criminal law — Powers of the Court of Appeal — Court of Appeal ordering the reopening of the trial — Whether the Court of Appeal had jurisdiction to make such an order under s. 613(2) of the Criminal Code.*

The respondents were charged with conspiracy to commit a robbery. At trial, one of their accomplices gave evidence for the Crown which directly implicated the respondents. In their testimony, the respondents asserted that the evidence of the Crown's witness was false and denied any participation in the alleged conspiracy. After completion of the evidence at trial, the respondents made an application to reopen their defence in order to permit each of them to take a polygraph examination and submit the results in evidence. The trial judge denied the motion, holding that the results of such an examination were inadmissible, and respondents were convicted. A majority of the Court of Appeal allowed their appeal from conviction, granted an order reopening the trial and directing that the results of the polygraph examination be submitted to the trial judge for a ruling as to their admissibility. This appeal is to determine whether evidence of the results of a polygraph examination is admissible in light of the particular facts of this case.

*Held* (Lamer and Wilson JJ. dissenting on the merits): The appeal should be allowed.

*Per* Dickson C.J. and Beetz, McIntyre and Le Dain JJ.: The results of a polygraph examination are not admissible as evidence. The polygraph has no place in the judicial process where it is employed as a tool to

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*

c.

**Alain Béland et Bruce Phillips** *Intimés*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. BÉLAND

N° du greffe: 18856.

1987: 31 mars; 1987: 15 octobre.

b

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

c

*Preuve — Preuve obtenue par détecteurs de mensonges — Règles d'exclusion — Accusés niant avoir participé à un complot en vue de commettre un vol qualifié — Rejet de la requête des accusés qui demandaient à passer un test par détecteur de mensonges et à produire les résultats en preuve — Une telle preuve est-elle admissible?*

d

*Droit criminel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Cour d'appel ordonnant la réouverture du procès — La Cour d'appel avait-elle compétence pour rendre cette ordonnance en vertu de l'art. 613(2) du Code criminel?*

e

Les intimés ont été accusés de complot en vue de commettre un vol qualifié. Au procès, un de leurs complices, devenu témoin à charge, a impliqué directement les intimés dans sa déposition. Dans leurs témoignages, les intimés ont opposé un démenti à cette déposition et ont nié leur participation au prétendu complot. À la clôture de l'instruction, les intimés ont présenté une demande en réouverture de leur défense pour pouvoir subir chacun un test par détecteur de mensonges dont les résultats seraient produits en preuve. Le juge du procès, ayant conclu à l'inadmissibilité des résultats d'un tel test, a rejeté la requête et les intimés ont été déclarés coupables. La Cour d'appel à la majorité a accueilli leur appel contre cette déclaration de culpabilité et a rendu une ordonnance portant réouverture de l'instruction et exigeant que les résultats du test soient présentés au juge du procès pour qu'il statue sur leur admissibilité. Le pourvoi vise à déterminer si une preuve formée des résultats d'un test par détecteur de mensonges est admissible compte tenu des faits particuliers de l'espèce.

f

g

h

i

*Arrêt* (les juges Lamer et Wilson sont dissidents sur le fond): Le pourvoi est accueilli.

*Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre et Le Dain:* Les résultats d'un test par détecteur de mensonges ne sont pas admissibles en preuve. Le détecteur de mensonges n'a pas de place dans le processus



determine or to test the credibility of witnesses. The admission of such evidence would offend well established rules of evidence, in particular, the rule against oath-helping, which prohibits a party from presenting evidence solely for the purpose of bolstering a witness' credibility, the rule against the admission of past or out-of-court statements by a witness and the character evidence rule. The polygraph evidence is also inadmissible as expert evidence. The issue of credibility is an issue well within the experience of judges and juries and one in which no expert evidence is required.

Further, the admission of polygraph evidence will serve no purpose which is not already served. Such admission will disrupt proceedings, will open the trial process to the time-consuming and confusing consideration of collateral issues and will deflect the focus of the proceedings from the fundamental issue of guilt or innocence. It will also lead to numerous complications which will result in no greater degree of certainty in the process than that which already exists. The results recorded by the polygraph instrument, their nature and significance will reach the trier of fact through the mouth of the operator. Human fallibility will thus still be present, but now fortified with the mystique of science.

*Per La Forest J.:* There are two compelling factors for the exclusion of polygraph evidence in judiciary proceedings: human fallibility in assessing the proper weight to be given to the evidence cloaked under the mystique of science, and the inadvisability of expending time on collateral issues.

*Per Lamer and Wilson JJ. (dissenting on the merits):* Polygraph evidence goes directly to the issue of an accused's credibility and should have been admitted in this case. The Crown attacked the respondents' credibility by alleging that they were lying under oath while the informer was telling the truth. The central issue was whom to believe: the informer or the respondents. There was no other evidence implicating the respondents in the alleged conspiracy. It would be unjust, in these circumstances, to prevent the respondents from calling any evidence of probative value indicating that they were telling the truth. This was their defence to the charge and they should have been allowed to make it under s. 577(3) of the *Code*.

judiciaire dans la mesure où l'on s'en sert pour déterminer ou vérifier la crédibilité de témoins. L'admission d'une telle preuve irait à l'encontre de règles de preuve bien établies, notamment la règle qui s'oppose aux témoignages justificatifs, suivant laquelle une partie ne saurait produire une preuve destinée uniquement à confirmer la crédibilité d'un témoin, la règle qui interdit l'admission de déclarations antérieures ou extrajudiciaires d'un témoin et la règle relative à la preuve de moralité. La preuve obtenue par détecteurs de mensonges est également inadmissible en tant que preuve d'expert. La question de la crédibilité relève clairement de l'expérience des juges et des jurys et aucune preuve d'expert n'est nécessaire à cet égard.

De plus, l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne servira aucune fin qui n'est pas déjà servie. Son admission perturbera les procédures et entraînera des procès consacrés à une étude de questions incidentes qui prendra beaucoup de temps, sèmera la confusion et fera dévier les procédures de l'examen de la question fondamentale de la culpabilité ou de l'innocence. Cela créera en outre de nombreuses complications, sans pour autant apporter au processus plus de certitude qu'on en trouve à présent. Les résultats enregistrés par le détecteur de mensonges, leur nature et leur signification seront communiqués au juge des faits par la bouche de l'opérateur. La faillibilité humaine sera par conséquent toujours présente, avec ceci de différent que maintenant elle sera renforcée par la mystique de la science.

*Le juge La Forest:* Les deux facteurs qui militent impérieusement en faveur de l'exclusion des procédures judiciaires de toute preuve obtenue par détecteurs de mensonges sont la faillibilité humaine dans la détermination du poids qu'il convient d'attribuer à une preuve empreinte de la mystique de la science et l'inopportunité de s'attarder à l'examen de questions incidentes.

*Les juges Lamer et Wilson (dissidents sur le fond):* La preuve obtenue par détecteurs de mensonges se rapporte directement à la question de la crédibilité de l'accusé et devrait être admise en l'espèce. Le ministère public a attaqué la crédibilité des intimés en alléguant qu'ils se parjuraient alors que l'indicateur disait la vérité. La question centrale est qui faut-il croire: l'indicateur ou les intimés. Il n'y avait aucun autre élément de preuve impliquant les intimés dans le prétendu complot. Il serait injuste, dans les circonstances, d'empêcher les intimés de présenter tout élément de preuve ayant une valeur probante qui tend à indiquer qu'ils disaient la vérité. C'était là le moyen de défense qu'ils opposaient à l'accusation portée contre eux et on aurait dû leur permettre de le présenter en vertu du par. 577(3) du *Code*.

The rule that the Crown will not be allowed to adduce evidence solely to bolster the credibility of its witnesses should not be extended to an accused where the Crown's whole case is based on the accused's lack of credibility.

The polygraph evidence was clearly relevant and did not fall within any of the other exclusionary rules advanced by the Crown. The case of *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18, was clearly distinguishable.

The appeal should be allowed, however, and a new trial ordered. The Court of Appeal had no jurisdiction under s. 613(2) of the *Criminal Code* to order that the original trial be reopened.

#### Cases Cited

By McIntyre J.

**Followed:** *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18; **considered:** *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; **referred to:** *R. v. Burkart*; *R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210; *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70; *Jones v. South-Eastern and Chatham Railway* (1917), 87 L.J.K.B. 775; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199; *R. v. Barbour*, [1938] S.C.R. 465; *R. v. Close* (1982), 68 C.C.C. (2d) 105; *R. v. McFadden* (1981), 65 C.C.C. (2d) 9; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34.

By Wilson J. (dissenting on the merits)

*Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18, aff'g (1974), 20 C.C.C. (2d) 191, aff'g (1972), 10 C.C.C. (2d) 562; *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85; *R. v. Miller* (1952), 36 Cr. App. R. 169; *R. v. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199; *R. v. Cook* (1960), 127 C.C.C. 287; *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. v. Wong (No. 2)* (1976), 33 C.C.C. (2d) 511, rev'd (1978), 41 C.C.C. (2d) 196; *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. v. Burkart*; *R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210; *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70; *R. v. Nelson*, [1982] Qd. R. 636; *City of Saint John v. Irving Oil Co.*, [1966] S.C.R. 581; *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (1923).

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 577(3), 613(2), 621(1)(a).

La règle selon laquelle le ministère public ne saurait produire des éléments de preuve à seule fin d'étayer la crédibilité de ses propres témoins ne devrait pas être élargie à un accusé lorsque l'ensemble de la preuve à charge repose sur le manque de crédibilité de l'accusé.

a La preuve par détecteurs de mensonges est clairement pertinente et ne relève pas des autres règles d'exclusion avancées par le ministère public. On peut clairement faire une distinction d'avec l'arrêt *Phillion c. La Reine*, b [1978] 1 R.C.S. 18.

Toutefois le pourvoi doit être accueilli et un nouveau procès ordonné. La Cour d'appel n'avait pas compétence en vertu du par. 613(2) du *Code criminel* pour ordonner la réouverture du procès original.

#### c Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

d **Arrêt suivi:** *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18; **arrêts examinés:** *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; **arrêts mentionnés:** *R. v. Burkart*; *R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210; *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70; *Jones v. South-Eastern and Chatham Railway* (1917), 87 L.J.K.B. 775; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199; *R. v. Barbour*, [1938] R.C.S. 465; *R. v. Close* (1982), 68 C.C.C. (2d) 105; *R. v. McFadden* (1981), 65 C.C.C. (2d) 9; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34.

Citée par le juge Wilson (dissidente sur le fond)

g *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18, conf. (1974), 20 C.C.C. (2d) 191, conf. (1972), 10 C.C.C. (2d) 562; *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85; *R. v. Miller* (1952), 36 Cr. App. R. 169; *R. v. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199; *R. v. Cook* (1960), 127 C.C.C. 287; *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. v. Wong (No. 2)* (1976), 33 C.C.C. (2d) 511, inf. (1978), 41 C.C.C. (2d) 196; *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. v. Burkart*; *R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210; *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70; *R. v. Nelson*, [1982] Qd. R. 636; *City of Saint John v. Irving Oil Co.*, [1966] R.C.S. 581; *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263; *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (1923).

#### Lois et règlements cités

j *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 577(3), 613(2), 621(1)a).

## Authors Cited

- Abbell, Michael. "Polygraph Evidence: The Case Against Admissibility in Federal Criminal Trials" (1977), 15 *Am. Crim. L. Rev.* 29.
- Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.
- Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.
- Elliott, D. W. "Lie-Detector Evidence: Lessons from the American Experience". In *Well and Truly Tried*. Edited by Enid Campbell and Louis Waller. Sydney, Australia: Law Book, 1982.
- Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 1, 7th ed. Edited by A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen, 1956.
- McCormick, Mark. "Scientific Evidence: Defining a New Approach to Admissibility" (1982), 67 *Iowa L. Rev.* 879.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984.
- Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.
- Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1983.
- Walsh, William Francis. *Outlines of the History of English and American Law*. New York: New York University Press, 1926.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4. Revised by James H. Chadbourn. Toronto: Little, Brown & Co., 1972.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1984] C.A. 443, 15 D.L.R. (4th) 89, 16 C.C.C. (3d) 462, 40 C.R. (3d) 193, allowing the appeal of the accused from their conviction for conspiracy to commit robbery contrary to s. 423 of the *Criminal Code*. Appeal allowed, Lamer and Wilson JJ. dissenting on the merits.

*Jean-François Dionne* and *François Landry*, for the appellant,

*Vincent Rose* and *Joseph Elfassy*, for the respondent Béland.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, McIntyre and Le Dain JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal involves the question of the admissibility in evidence in a criminal

## Doctrine citée

- Abbell, Michael. «Polygraph Evidence: The Case Against Admissibility in Federal Criminal Trials» (1977), 15 *Am. Crim. L. Rev.* 29.
- <sup>a</sup> Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.
- Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.
- <sup>b</sup> Elliott, D. W. «Lie-Detector Evidence: Lessons from the American Experience». In *Well and Truly Tried*. Edited by Enid Campbell and Louis Waller. Sydney, Australia: Law Book, 1982.
- Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 1, 7th ed. Edited by A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen, 1956.
- <sup>c</sup> McCormick, Mark. «Scientific Evidence: Defining a New Approach to Admissibility» (1982), 67 *Iowa L. Rev.* 879.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984.
- <sup>d</sup> Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.
- Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1983.
- <sup>e</sup> Walsh, William Francis. *Outlines of the History of English and American Law*. New York: New York University Press, 1926.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4. Revised by James H. Chadbourn. Toronto: Little, Brown & Co., 1972.
- <sup>f</sup>

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1984] C.A. 443, 15 D.L.R. (4th) 89, 16 C.C.C. (3d) 462, 40 C.R. (3d) 193, qui a accueilli l'appel interjeté par les accusés contre leur déclaration de culpabilité d'avoir comploté en vue de commettre un vol qualifié contrairement à l'art. 423 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, les juges Lamer et Wilson sont dissidents sur le fond.

*Jean-François Dionne* et *François Landry*, pour l'appelante.

*Vincent Rose* et *Joseph Elfassy*, pour l'intimé i Béland.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, McIntyre et Le Dain rendu par

<sup>j</sup> LE JUGE MCINTYRE—La question en l'espèce est de savoir si les résultats d'un test par détecteur

trial of the results of a polygraph examination of an accused person.

The respondents, Béland and Phillips, were charged with conspiracy to commit a robbery. The Crown led evidence to the effect that the respondents had conspired with one Grenier and one Filippone to rob an armoured truck. No robbery took place because Grenier disclosed the conspiracy to the police. He later gave evidence for the Crown and his testimony was the only evidence which directly implicated the respondents in the conspiracy. The respondents gave evidence on their own behalf, denying any participation in the conspiracy and saying that the evidence of Grenier was false. Each respondent during his testimony said that he was prepared to undergo a polygraph examination. After completion of the evidence at trial the respondents made an application to the trial judge to reopen their defence, in order to permit each of them to take a polygraph examination and submit the results in evidence. This motion was refused by the trial judge who held that the results of such an examination were inadmissible in evidence, in accordance with *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18. The respondents were convicted. An appeal to the Court of Appeal by the respondents succeeded. By a majority, the Court of Appeal granted an order reopening the trial and directing that the results of the polygraph examination be submitted to the trial judge, for a ruling as to their admissibility in light of all the circumstances revealed in the evidence: [1984] C.A. 443, 15 D.L.R. (4th) 89, 16 C.C.C. (3d) 462, 40 C.R. (3d) 193. The Crown appeals to this Court as of right under s. 621(1)(a) of the *Criminal Code*. The parties agree that the sole issue in this appeal is whether evidence of the results of a polygraph examination is admissible in light of the particular facts of this case.

In the Court of Appeal (Bisson, Jacques and Malouf J.J.A.) the majority (Bisson and Jacques J.J.A.) distinguished the case at bar from *Phillion v. The Queen*, *supra*, on the basis that here the parties had each given evidence and their credibili-

de mensonges subi par un inculpé sont admissibles en preuve dans le cadre d'un procès au criminel.

Les intimés, Béland et Phillips, ont été accusés de complot en vue de commettre un vol qualifié. La poursuite a produit une preuve tendant à démontrer qu'ils avaient comploté avec un nommé Grenier et un nommé Filippone de voler un camion blindé. Le vol qualifié n'a toutefois pas eu lieu parce que Grenier a révélé le complot à la police. Il est par la suite devenu témoin à charge et sa déposition est la seule qui établit un lien direct entre les intimés et le complot. Les intimés, témoignant pour leur propre compte, ont nié leur participation au complot et ont opposé un démenti à la déposition de Grenier. Chaque intimé dans son témoignage s'est dit prêt à subir un test par détecteur de mensonges. À la clôture de la présentation de la preuve, les intimés ont saisi le juge du procès d'une demande en réouverture de leur défense afin qu'ils puissent se soumettre chacun à un test par détecteur de mensonges dont les résultats seraient produits en preuve. La requête a été rejetée par le juge du procès qui a conclu que, suivant l'arrêt *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18, les résultats d'un tel test ne sauraient être admis en preuve. Les intimés ont été déclarés coupables. En appel, la Cour d'appel leur a donné gain de cause. En effet, la Cour d'appel à la majorité a rendu une ordonnance portant réouverture de l'instruction et exigeant que les résultats du test par détecteur de mensonges soient présentés au juge du procès pour qu'il statue sur leur admissibilité en se fondant sur toutes les circonstances qui se dégagent de la preuve: [1984] C.A. 443, 15 D.L.R. (4th) 89, 16 C.C.C. (3d) 462, 40 C.R. (3d) 193. Le ministère public se pourvoit de plein droit devant cette Cour en vertu de l'al. 621(1)a) du *Code criminel*. L'unique question à trancher en l'espèce, comme les parties en conviennent, est de savoir si la preuve formée des résultats d'un test par détecteur de mensonges est admissible compte tenu des faits particuliers de la présente affaire.

La Cour d'appel était composée des juges Bisson, Jacques et Malouf et la majorité, formée des juges Bisson et Jacques, a fait une distinction entre la présente instance et l'affaire *Phillion c. La Reine*, précitée, en se fondant sur le fait qu'en

ty was clearly in issue, whereas Phillion on his trial had not testified and any question as to his credibility did not arise. They were also of the view that the trial judge, in considering the possible inaccuracies of the polygraph and the uncertainty which could arise from its use, had confused the issue of admissibility with that of weight.

Malouf J.A., in dissent, relied on *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103 (Ont. C.A.), in expressing the view that the evidence of the polygraph test was inadmissible. He based his dissent on the proposition that a person may not call witnesses to testify to the veracity of his own witnesses. He was, in effect, relying on the rule against oath-helping.

The leading case in this Court concerning the admissibility of polygraph evidence is *Phillion v. The Queen, supra*, in which it was held that such evidence should be rejected. Speaking for the majority, Ritchie J. expressed the view that such evidence offended the hearsay rule. He said, at p. 24:

Statements made to psychiatrists and psychologists are sometimes admitted in criminal cases and when this is so it is because they have qualified as experts in diagnosing the behavioural symptoms of individuals and have formed an opinion which the trial judge deems to be relevant to the case, but the statements on which such opinions are based are not admissible in proof of their truth but rather as indicating the basis upon which the medical opinion was formed in accordance with recognized professional procedures.

Entirely different considerations, however, apply to the evidence of Mr. Reid who was neither a psychiatrist nor a psychologist and does not appear to have had any other medical training. The evidence indicates that he only saw the accused on the occasion when he administered the polygraph test which was the day before he gave his evidence.

He continued, at p. 25:

l'espèce chacun des défendeurs avait témoigné et que leur crédibilité était manifestement en cause, tandis que Phillion n'avait pas témoigné à son procès, de sorte que la question de sa crédibilité ne se posait pas. La majorité a estimé en outre que le juge du procès, en prenant en considération les inexactitudes possibles du détecteur de mensonges et l'incertitude que risquait d'entraîner son usage, avait confondu la question de l'admissibilité d'un élément de preuve avec celle du poids à lui accorder.

Le juge Malouf, dissident, s'est appuyé sur l'arrêt *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103 (C.A. Ont.), au soutien de l'inadmissibilité de la preuve obtenue au moyen du test par détecteur de mensonges. Il a fondé sa dissidence sur la proposition qu'on ne saurait citer des témoins pour témoigner de la véracité de ses propres témoins. Il s'appuyait donc en réalité sur la règle interdisant le recours aux témoignages justificatifs.

L'arrêt de principe de cette Cour sur la question de l'admissibilité d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges est l'arrêt *Phillion c. La Reine*, précité, qui conclut à l'irrecevabilité d'une telle preuve. Parlant au nom de la majorité, le juge Ritchie s'est dit d'avis que ce genre de preuve allait à l'encontre de la règle du oui-dire. Il affirme, à la p. 24:

Les déclarations faites à des psychiatres et à des psychologues sont parfois jugées recevables dans les affaires criminelles et, dans ce cas, c'est parce que ces experts dans le diagnostic du comportement humain se sont fondés sur elles pour émettre une opinion tenue pour pertinente par le juge de première instance; toutefois, les déclarations sur lesquelles ces opinions se fondent sont irrecevables comme preuves de leur propre véracité et constituent seulement le fondement de l'opinion médicale formée suivant les règles professionnelles reconnues.

Toutefois, des considérations entièrement différentes s'appliquent au témoignage de M. Reid qui n'est ni psychiatre ni psychologue et qui semble n'avoir reçu aucune formation médicale. La preuve démontre qu'il a vu l'accusé uniquement lorsqu'il lui a fait subir un test au détecteur de mensonges, soit la veille de son témoignage.

Il poursuit, à la p. 25:

In my view, Mr. Reid had neither the qualifications nor the opportunity to form a mature opinion of the propensity of the man he was subjecting to the test either as to truthfulness or otherwise. His opinion, however, was not based on the statements made by the appellant, but on his own expertise in interpreting the recordings of the machine. If the statements had been made to Mr. Reid alone, there is in my opinion no doubt that they would have been inadmissible as self-serving, second hand evidence tendered in proof of its truth on behalf of an accused who did not see fit to testify and I am not prepared to hold on the evidence of this case that the presence of the polygraph machine or the expertise of its operator made them admissible. The admission of such evidence would mean that any accused person who had made a confession could elect not to deny its truth under oath and substitute for his own evidence the results produced by a mechanical device in the hands of a skilled operator relying exclusively on its efficacy as a test of veracity.

Spence J., with whom Laskin C.J. concurred, wrote separate reasons in which he agreed that the evidence should be rejected, but he left open the question of whether in other circumstances the polygraph evidence might be admissible.

It was the suggestion of the possibility of a different result in other circumstances which was relied upon by the majority of the Court of Appeal to distinguish the *Phillion* case. As has been noted, *Phillion* did not give evidence himself but sought to rely on the evidence of the polygraph operator to place his story before the jury and lend it credibility. In the case at bar the two respondents each gave evidence at trial and now seek to invoke that of the polygraph operator to support their credibility.

#### General Rule Against Oath-helping

The Crown appellant argues that the admission of polygraph evidence offends the rule which prohibits a party from presenting evidence which has, as its sole purpose, the bolstering of the credibility of that party's own witnesses. This is sometimes

À mon avis, M. Reid ne disposait pas des moyens nécessaires et n'était pas qualifié pour donner une opinion assurée sur la propension de la personne interrogée à dire ou non la vérité. Toutefois, son opinion se fonde non pas sur les déclarations de l'appelant, mais sur son interprétation d'expert des données fournies par l'appareil. Il est certain que si les déclarations avaient été faites à M. Reid uniquement, elles auraient été irrecevables comme étant manifestement intéressées et en tant que preuve de «seconde main» visant à établir leur propre véracité, au nom d'un accusé qui n'a pas jugé opportun de témoigner. Je ne suis pas disposé à conclure, à la lumière de la preuve déposée en l'espèce, que la simple présence d'un détecteur de mensonges et d'un expert en ces matières rende ces déclarations recevables. En jugeant une telle preuve recevable, on permettrait à tout accusé ayant fait des aveux de choisir de ne pas nier sous serment la véracité de ceux-ci et de substituer à son propre témoignage les données fournies par un appareil aux mains d'un expert qui, pour sa part, se fonde uniquement sur le bon fonctionnement dudit appareil pour déterminer la véracité des réponses données.

Le juge Spence, à l'avis duquel le juge en chef Laskin s'est rangé, a rédigé des motifs distincts dans lesquels il convenait qu'il y avait lieu de rejeter la preuve en cause, mais il s'est abstenu de trancher la question de savoir si, dans d'autres circonstances, la preuve obtenue par détecteurs de mensonges pourrait être admissible.

C'est sur la mention qu'une conclusion différente soit possible dans d'autres circonstances que la majorité en Cour d'appel s'est fondée pour faire une distinction d'avec l'arrêt *Phillion*. *Phillion*, rappelons-le, n'a pas témoigné lui-même, mais a tenté par le biais du témoignage de l'expert en détecteurs de mensonges de présenter sa version au jury et de donner créance à celle-ci. En l'espèce, les deux intimés ont témoigné au procès et ils désirent maintenant invoquer le témoignage de l'expert en détecteurs de mensonges pour étayer leur crédibilité.

#### i Règle générale s'opposant aux témoignages justificatifs

Le ministère public appellant fait valoir que l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges viole la règle qui interdit à une partie de produire une preuve destinée uniquement à renforcer la crédibilité de ses propres témoins.

referred to in the earlier cases as oath-helping. There does not appear to be any decision of this Court which has dealt specifically with the rule, but there is other substantial authority supporting it. The leading decision on this point in Canada is *R. v. Kyselka, supra*. In that case, the three accused were charged with the rape of a mentally retarded 16-year-old girl. The trial judge permitted the Crown to call a psychiatrist, who gave evidence that because of her low mental age the complainant lacked sufficient imagination to concoct a story. It was therefore likely that she would tell the truth in court. The accused were convicted. On appeal, Porter C.J.O., speaking for the court (Porter C.J.O., Kelly and McLennan J.J.A.), held that the evidence of the psychiatrist should not have been admitted as its sole purpose was to suggest that the complainant, because of her mental classification, was likely to be a truthful witness. He said, at pp. 107-8:

While the credit of any witness may be *impeached* by the *opposite party*, *R. v. Gunewardene*, [1951] 2 All E.R. 290 at p. 294, there is no warrant or authority for such oath-helping as occurred in the circumstances of this case, reminiscent as it is of the method before the Norman Conquest by which a defendant in a civil suit or an accused person proved his case by calling witnesses to swear that the oath of the party was true. If this sort of evidence were admissible in the case of either party no limit could be placed on the number of witnesses who could be called to testify about the credibility of witnesses as to facts. It would tend to produce, regardless of the number of such character witnesses who were called, undue confusion in the minds of the jury by directing their attention away from the real issues and the controversy would become so intricate that truth would be more likely to remain hidden than be discovered. For these reasons this evidence was not admissible.

In *R. v. Burkart; R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210, the Saskatchewan Court of Appeal, *per* Culliton C.J.S., on virtually the same facts followed *Kyselka* in rejecting similar evidence. The rule has, as well, been supported in other decisions,

C'est ce qu'on appelle parfois dans la jurisprudence ancienne des témoignages justificatifs. Il paraît n'y avoir aucun arrêt de cette Cour qui traite directement de la règle, mais elle est tout de même appuyée par une jurisprudence considérable. Au Canada, l'arrêt de principe sur ce point est l'arrêt *R. v. Kyselka*, précité. Dans cette affaire, les trois inculpés étaient accusés du viol d'une arriérée mentale âgée de seize ans. Le juge du procès a permis à la poursuite de citer un psychiatre, lequel a témoigné qu'en raison de son bas âge mental, la plaignante n'avait pas l'imagination requise pour fabriquer une histoire. Il était donc vraisemblable qu'elle dirait la vérité devant le tribunal. Les accusés ont été déclarés coupables. En appel, le juge en chef Porter de l'Ontario, parlant au nom de la cour composée également des juges Kelly et McLennan, a conclu que le témoignage du psychiatre n'aurait pas dû être admis en preuve, car il avait pour seul but d'indiquer que la plaignante, à cause de son état mental, dirait probablement la vérité si elle était appelée à témoigner. Il dit, aux pp. 107 et 108:

[TRADUCTION] Bien que la crédibilité d'un témoin puisse être *attaquée* par la *partie adverse*, *R. v. Gunewardene*, [1951] 2 All E.R. 290, à la p. 294, rien ne justifie ni n'autorise qu'on ait recours à des témoignages justificatifs comme cela s'est produit en l'espèce. Il s'agit là d'une pratique qui rappelle la procédure suivie antérieurement à la conquête normande, en vertu de laquelle le défendeur dans une action civile ou une personne inculpée au criminel se justifiait en citant des témoins pour jurer que son serment était vrai. Si l'une ou l'autre partie pouvait présenter une telle preuve, il serait impossible de limiter le nombre de témoins susceptibles d'être cités pour déposer concernant la crédibilité d'autres témoins relativement aux faits. Peu importe le nombre de ces témoins de moralité, cela aurait tendance à provoquer une confusion indue dans l'esprit des jurés en détournant leur attention des véritables questions en litige; la controverse deviendrait donc à ce point complexe que, loin de se dégager, la vérité risquerait plus probablement de rester cachée. Pour ces motifs, la preuve en question est inadmissible.

Dans l'arrêt *R. v. Burkart; R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210, la Cour d'appel de la Saskatchewan par la voix du juge en chef Culliton a suivi l'arrêt *Kyselka* devant des faits presque identiques et a écarté une preuve du même genre. La règle a en

such as *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224 (Alta. C.A.), a case in which both *Kyselka* and *Burkart* were cited and followed. In *Clarke*, a murder case which was based largely on circumstantial evidence, the Crown called as a witness a fellow prison inmate of the accused, who gave evidence of an inculpatory statement made by the accused to the witness in prison. In introducing the witness, Crown counsel asked a series of questions which firstly revealed a lengthy criminal record and then dealt with the witness's conversion or rehabilitation. This involved testimony by the witness to the effect that he was now attending bible classes, that he was in regular attendance at Alcoholics Anonymous classes, that he had made restitution for certain offences in respect of which he had not actually been prosecuted, that he had changed his attitude to the police and society, generally, and that he had come to realize that his social problems were of his own making, and that he now despised and rejected violence. The impropriety of this evidence was attacked on appeal from conviction. McClung J.A., writing for the court (Clement, McClung J.J.A. and Crossley J. (*ad hoc*)), held that, while counsel must be permitted to present witnesses in the best allowable light, the examination carried out in that case exceeded the permitted limit because its overriding and dominant objective was the bolstering of the witness's character and, therefore, his credibility. He supported his view by reference to *Wigmore on Evidence* (Chadborn rev., 1972), vol. 4, at pp. 233-34:

§1104(A) *Proving good character in support; in general, inadmissible until impeached.* Good character for veracity is as relevant to indicate the probability of truth-telling as bad character for veracity is to indicate the probability of the contrary. But there is no reason why time should be spent in proving that which may be assumed to exist. Every witness may be assumed to be of normal moral character for veracity, just as he is assumed to be of normal sanity. Good character, therefore, in his support is excluded *until his character is*

outré été appuyée dans d'autres arrêts, tels que *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Alb.), où les arrêts *Kyselka* et *Burkart* ont tous les deux été cités et suivis. Dans l'affaire *Clarke* il s'agissait d'un meurtre. La preuve recueillie était surtout circonstancielle et le ministère public a cité comme témoin un codétenu de l'accusé qui a témoigné que l'accusé lui avait fait une déclaration inculpatoire alors qu'ils étaient en prison. En présentant le témoin, l'avocat de la poursuite lui a posé une série de questions d'où il ressortait d'abord qu'il avait un casier judiciaire très chargé, pour aborder ensuite la conversion ou la réhabilitation du témoin. À ce propos, celui-ci a dit qu'il suivait maintenant un cours d'études bibliques, qu'il assistait régulièrement aux réunions des Alcooliques anonymes, qu'il avait effectué la restitution dans le cas de certaines infractions à l'égard desquelles il n'avait pas été poursuivi, qu'il avait changé d'attitude envers la police et la société en général, qu'il en était arrivé à se rendre compte qu'il était l'auteur de ses propres problèmes sociaux, qu'à présent la violence lui répugnait et qu'il la rejetait. Ce témoignage a été attaqué pour inadmissibilité dans un appel interjeté contre la déclaration de culpabilité. Le juge McClung, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, également formée du juge Clement et du juge suppléant Crossley, a conclu que les avocats doivent pouvoir présenter les témoins sous le meilleur jour possible, mais que l'interrogatoire auquel on avait procédé dans cette affaire-là dépassait les limites permises parce qu'il visait d'abord et avant tout à renforcer la bonne moralité du témoin et, partant, sa crédibilité. Pour étayer son point de vue, le juge McClung s'est référé à *Wigmore on Evidence* (Chadborn rev., 1972), vol. 4, aux pp. 233 et 234:

[TRADUCTION] §1104(A) *Preuve confirmant la bonne moralité; généralement inadmissible tant que celle-ci n'aura pas été attaquée.* La bonne moralité est tout aussi pertinente en tant qu'indication qu'on dit probablement la vérité que peut l'être la mauvaise moralité comme indication de la probabilité qu'on ne la dit pas. Il n'y a toutefois aucune raison de s'attarder à prouver ce dont l'existence peut être présumée. En ce qui concerne la propension à la véracité, on peut supposer qu'un témoin est d'une moralité normale, de même qu'on tient pour acquis qu'il possède une santé mentale normale. Tout témoignage tendant à établir sa bonne moralité est



brought in question and it thus becomes worthwhile to deny that his character is bad.

He referred as well to the words of Lacourcière J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, in *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425—a case where evidence was admitted that a Crown witness had earlier been tried and acquitted of the murder with which the accused was charged—who said, at p. 433:

It is difficult, however, to justify the introduction of this evidence during examination-in-chief. It was wrong if it was an attempt to bolster and support the credibility of the prosecution's own witness which was not yet under attack notwithstanding the obvious direction of the defence theory.

A similar view has been expressed in England where Lawton L.J. in *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70, speaking for the Court of Appeal, referred, at p. 75, to the rule “relating to the calling of evidence on the issue of credibility, ie that in general evidence can be called to impugn the credibility of witnesses but not led in chief to bolster it up”.

Writers on evidence have frequently commented on the rule. McWilliams in *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984), says, at p. 1078:

Evidence may not be given as to witnesses generally to bolster their credit, though evidence of bad character may be given to impeach their credit, in which case evidence of good character may be given in rebuttal on that issue. Evidence of good character of witnesses other than the accused may not be given to prove that they were not likely to commit the offence for the obvious reason that it would be irrelevant.

Similarly, Schiff in *Evidence in the Litigation Process* (2nd ed. 1983), vol. 1, states, at p. 585:

As a general principle, before the opponent has attacked the credibility of a witness, the party-litigant who called him may not support his credibility.

donc exclu jusqu'à ce que celle-ci soit mise en doute, de sorte qu'il devient utile de nier la mauvaise moralité.

Le juge McClung s'est référé en outre aux propos du juge Lacourcière au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425, affaire dans laquelle on avait admis un élément de preuve établissant qu'un témoin à charge avait déjà été jugé et acquitté relativement au meurtre dont l'accusé se trouvait inculpé. Le juge Lacourcière a dit, à la p. 433:

[TRADUCTION] La production de cette preuve au cours de l'interrogatoire principal est cependant difficilement justifiable. S'il s'agissait d'une tentative de la poursuite de renforcer et de soutenir la crédibilité de son propre témoin, laquelle, en dépit de l'orientation évidente de la théorie de la défense, n'avait pas encore été attaquée, c'est à tort que la preuve en question a été admise.

Un point de vue semblable a été exprimé en Angleterre où le lord juge Lawton, parlant au nom de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70, mentionne, à la p. 75, la règle [TRADUCTION] «concernant la production de preuves touchant la question de la crédibilité, c.-à-d. la règle selon laquelle des preuves peuvent en général être apportées pour mettre en doute la crédibilité de témoins, mais ne peuvent l'être dans le cadre de l'interrogatoire principal pour renforcer leur crédibilité».

Cette règle a souvent été commentée dans la doctrine traitant de la preuve. McWilliams, dans *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984), affirme, à la p. 1078:

[TRADUCTION] D'une manière générale, on ne saurait produire des preuves destinées à renforcer la crédibilité des témoins. Une preuve de mauvaise moralité peut néanmoins être présentée pour attaquer leur crédibilité, auquel cas cette preuve peut être réfutée par une preuve de bonne moralité. Une preuve établissant la bonne moralité de témoins autres que l'accusé ne peut être produite pour démontrer qu'il était peu probable que ces témoins aient commis l'infraction pour la bonne raison que cette preuve serait dénuée de toute pertinence.

De même, Schiff, dans *Evidence in the Litigation Process* (2nd ed. 1983), vol. 1, dit, à la p. 585:

[TRADUCTION] On peut poser comme principe général que, tant que la partie adverse n'a pas attaqué la crédibilité d'un témoin, la partie qui l'a cité ne peut pas non plus prouver sa crédibilité.

Schiff, as well, adopts Wigmore's view that until credibility is attacked the witness is presumed to be credible. In England, Sir Rupert Cross has dealt with the subject in the fifth edition of his work on *Evidence* (1979), at pp. 269-72. He points out, at p. 271, that there is Commonwealth authority for an accused to adduce psychiatric evidence of a mental condition which would render doubtful the truth of a confession, but he goes on to say, at pp. 271-72:

The requirement that the evidence should be about an aberrant mental condition by an expert in such matters and not merely about registrations on a machine by a witness capable of handling it is illustrated by the preponderance of judicial reaction to evidence of the performance of a polygraph. The fear that the admissibility of such evidence to cast doubt on the veracity of a confession could lead to trial by machine rather than trial by jury lay at the root of the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Phillion* to exclude it. Of course a time may come when polygraphs are considered infallible, but, in that event, the law of evidence, like much else, would differ greatly from what it is at present.

As yet there does not appear to have been a case in which evidence has been admitted for the sole purpose of supporting the credibility of a witness called or to be called by the party adducing it, nor does there appear to have been a case in which evidence has been adduced for the purpose of rebutting the testimony of a witness called to impugn the credibility of a witness on the opposite side. So far as the first possibility is concerned it is to be hoped that it will be avoided on the ground that witnesses are presumed to be credible.

And see *Phipson on Evidence* (13th ed. 1982), para. 13-63.

From the foregoing comments, it will be seen that the rule against oath-helping, that is, adducing evidence solely for the purpose of bolstering a witness's credibility, is well grounded in authority. It is apparent that since the evidence of the polygraph examination has no other purpose, its admission would offend the well-established rule.

Schiff adopte en outre l'opinion de Wigmore selon laquelle un témoin est présumé crédible jusque à ce que sa crédibilité soit attaquée. En Angleterre, sir Rupert Cross a abordé ce sujet dans la cinquième édition de son ouvrage intitulé *Evidence* (1979), aux pp. 269 à 272. Il signale, à la p. 271, qu'il existe une jurisprudence du Commonwealth selon laquelle il est loisible à un accusé de produire une preuve psychiatrique relative à un état mental qui mettrait en doute la véracité d'une confession, mais il ajoute, aux pp. 271 et 272:

[TRADUCTION] L'exigence que la preuve doit viser un état mental anormal selon un expert dans le domaine, et non pas simplement des enregistrements faits sur un appareil par un témoin capable de le faire fonctionner est illustrée par la réaction prépondérante des tribunaux à la preuve du fonctionnement du détecteur de mensonges. La crainte que l'admissibilité d'une telle preuve qui viendrait mettre en doute la véracité d'une confession, puisse conduire au procès par machine plutôt que par jury, est à l'origine de la décision prise par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Phillion* d'exclure ce genre de preuve. Bien entendu, il se peut qu'un jour vienne où les détecteurs de mensonges seront considérés comme infaillibles mais, à ce moment-là, le droit de la preuve, comme bien d'autres choses d'ailleurs, aura beaucoup changé.

Jusqu'à maintenant il ne paraît pas y avoir eu d'affaire dans laquelle des éléments de preuve ont été admis à seule fin d'établir la crédibilité d'un témoin cité ou à citer par la partie qui les a produits; il ne paraît pas non plus y avoir eu d'affaire dans laquelle des éléments de preuve ont été présentés pour contredire la déposition d'un témoin cité pour attaquer la crédibilité d'un témoin de la partie adverse. Il est à espérer que la première possibilité sera écartée pour le motif que les témoins sont présumés crédibles.

Voir aussi *Phipson on Evidence* (13th ed. 1982), para. 13-63.

Il se dégage de ce qui précède que la règle interdisant les témoignages justificatifs, c'est-à-dire toute preuve produite uniquement pour confirmer la crédibilité d'un témoin, repose sur un solide fondement jurisprudentiel. Comme la preuve obtenue au moyen d'un test par détecteur de mensonges n'a pas d'autre but, il est évident que son admission irait à l'encontre de la règle bien établie.

Rule Against Past Consistent Statements

The rule against oath-helping is also consistent in principle with other rules of evidence which in some degree may be said to overlap it and which are based on similar principles. An example is the rule against the admission of previous consistent statements of a witness. McWilliams, *supra*, discusses this rule, at p. 353, and refers to the frequently quoted words of Neville J. in *Jones v. South-Eastern and Chatham Railway* (1917), 87 L.J.K.B. 775 (C.A.), at p. 779, that:

... statements may be used against a witness as admissions, but ... you are not entitled to give evidence of statements on other occasions by the witness in confirmation of her testimony.

This was said in the context of a case where an injury was alleged to have been suffered by the plaintiff while at her work, and it was sought to adduce evidence of a statement she had made after the accident to a third party. McWilliams also cites *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.), where Martin J.A., speaking for the court (Arnup, Martin and Lacourcière J.J.A.), said, at p. 18:

The refusal of the trial Judge to admit the evidence of other witnesses, whether in cross-examination or otherwise, of previous statements made by the appellant, involves two separate rules of evidence:

- I. The rule which precludes an accused from eliciting from witnesses self-serving statements which he has previously made.
- II. The rule which provides that a witness, whether a party or not, may not repeat his own previous statements concerning the matter before the Court, made to other persons out of Court, and may not call other persons to testify to those statements.

Statements made by an accused which infringe rule I are excluded as hearsay. The narration by a witness of earlier statements made to other persons out of Court appears to be excluded under rule II, because of the general lack of probative value of such evidence, save in

La règle interdisant la production de déclarations antérieures compatibles

La règle qui s'oppose aux témoignages justificatifs est aussi compatible en principe avec d'autres règles de preuve qui, dans une certaine mesure, correspondent au même contenu et qui sont fondées sur des principes semblables. Mentionnons à titre d'exemple la règle interdisant l'admission de déclarations antérieures compatibles d'un témoin. McWilliams, précité, traite de cette règle à la p. 353, puis se réfère aux propos souvent cités du juge Neville dans l'affaire *Jones v. South-Eastern and Chatham Railway* (1917), 87 L.J.K.B. 775 (C.A.), à la p. 779, où il dit:

[TRADUCTION] ... des déclarations peuvent être utilisées contre un témoin à titre d'aveux, mais [...] on ne saurait produire en preuve des déclarations faites à d'autres occasions par le témoin pour confirmer son témoignage.

Cette observation a été formulée dans le contexte d'une affaire où la demanderesse alléguait avoir subi une blessure au travail et où on a tenté de produire en preuve une déclaration qu'elle avait faite à un tiers après l'accident. McWilliams cite en outre l'arrêt *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (C.A. Ont.), dans lequel le juge Martin, exprimant l'avis de la cour composée également des juges Arnup et Lacourcière, a dit, à la p. 18:

[TRADUCTION] Le refus du juge de première instance d'admettre que d'autres témoins déposent, notamment au stade du contre-interrogatoire, concernant des déclarations antérieures de l'appelante, résulte de l'application de deux règles de preuve distinctes:

- I. La règle qui empêche un accusé de tirer des témoins des déclarations intéressées qu'il a faites antérieurement;
- II. La règle selon laquelle un témoin, qu'il soit ou non partie au litige, ne saurait répéter ses propres déclarations antérieures portant sur l'affaire dont la cour se trouve saisie, faites à d'autres personnes en dehors de la salle d'audience, ni ne saurait citer d'autres personnes pour témoigner relativement à ces déclarations.

Les déclarations d'un accusé qui enfreignent la règle I sont exclues parce qu'elles constituent du ouï-dire. Quant à la relation par un témoin de déclarations antérieures faites à d'autres personnes en dehors de la salle d'audience, cela paraît être interdit par la règle II, parce

certain circumstances, in support of the credibility of the witness.

Wigmore, *supra*, at p. 255, para. 1124, describes the rule in these terms:

When the witness has merely testified on direct examination, without any impeachment, proof of consistent statements is unnecessary and valueless. The witness is not helped by it; for, even if it is an improbable or untrustworthy story, it is not made more probable or more trustworthy by any number of repetitions of it. Such evidence would ordinarily be cumbersome to the trial and is ordinarily rejected.

While Martin J.A. in *Campbell*, and Wigmore, suggest that the statements are excluded on the basis of hearsay and lack of probative value, another rationale for the rule has been noted, namely, that such statements could be too readily manufactured for use in later proceedings. In *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199, Eyre C.J. said, at pp. 1093-94:

... the presumption ... is that no man would declare anything against himself, unless it were true; but that every man, if he was in a difficulty, or in the view to any difficulty, would make declarations for himself.

The rule is generally expressed in relation to past consistent statements. In the case at bar, evidence would be given of statements made subsequent to the evidence given by the respondents at trial. In my view, however, this leads to no difference in principle. The concern is with consistent statements made out of court. The fact that they may be made after evidence has been given at trial would not change their probative value or reliability. In my view, the rule against admission of consistent out-of-court statements is soundly based and particularly apposite to questions raised in connection with the use of the polygraph. Polygraph evidence when tendered would be entirely self-serving and would shed no light on the real issues before the court. Assuming, as in the case at bar, that the evidence sought to be adduced would not fall within any of the well recognized exceptions to the operation of the rule—where it is

que, sauf dans certaines circonstances précises, cette preuve manque généralement la valeur probante requise pour soutenir la crédibilité du témoin.

<sup>a</sup> Wigmore, précité, à la p. 255, par. 1124, formule la règle dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Lorsque le témoin a seulement témoigné à son interrogatoire principal sans qu'on l'attaque, une preuve de déclarations compatibles est inutile et sans valeur. Une telle preuve n'est d'aucun secours pour le <sup>b</sup> témoin, car même si son récit est invraisemblable ou douteux, ce n'est pas à force de répétitions qu'il devient plus vraisemblable ou moins douteux. Normalement, ce genre de preuves se révèlent gênantes au procès et sont habituellement écartées.

<sup>c</sup> Bien que le juge Martin, dans l'arrêt *Campbell*, et Wigmore laissent entendre que l'exclusion des déclarations s'explique parce qu'elles constituent du oui-dire et qu'elles manquent de valeur probante, un autre fondement possible de la règle a <sup>d</sup> été avancée, savoir qu'il serait trop facile de fabriquer de telles déclarations en vue de leur emploi au cours d'une instance ultérieure. Dans la décision <sup>e</sup> *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199, le juge en chef Eyre a dit, aux pp. 1093 et 1094:

[TRADUCTION] ... on présume que nul ne fera une déclaration qui lui sera préjudiciable, à moins qu'elle ne soit vraie, mais que quiconque se trouve en difficulté ou <sup>f</sup> prévoit l'être fera des déclarations qui lui seront favorables.

Cette règle vise généralement les déclarations antérieures compatibles. En l'espèce, on désire produire en preuve des déclarations postérieures aux <sup>g</sup> dépositions qu'ont faites les intimés au procès. J'estime toutefois qu'il n'y a en principe aucune différence entre les deux situations. Le problème est qu'il s'agit de déclarations extrajudiciaires <sup>h</sup> compatibles. Le fait qu'on ait pu les faire après la preuve présentée au procès, ne change rien à leur valeur probante ni à leur fiabilité. À mon avis, la règle qui s'oppose à l'admission de déclarations extrajudiciaires compatibles est bien établie et son <sup>i</sup> application s'impose particulièrement dans le cas de questions concernant l'utilisation du détecteur de mensonges. La preuve obtenue par détecteurs de mensonges serait entièrement intéressée et <sup>j</sup> n'éclairerait pas le tribunal sur les véritables questions en litige. À supposer, comme c'est le cas en l'espèce, que la preuve qu'on cherche à présenter

permitted to rebut the allegation of a recent fabrication or to show physical, mental or emotional condition—it should be rejected. To do otherwise is to open the trial process to the time-consuming and confusing consideration of collateral issues and to deflect the focus of the proceedings from their fundamental issue of guilt or innocence. This view is summarized by D. W. Elliott in “Lie-Detector Evidence: Lessons from the American Experience” in *Well and Truly Tried* (1982), at pp. 129-30:

A defendant who attempts to put in the results of a test showing this truthfulness on the matters in issue is bound to fall foul of the rule against self-serving statements or, as it is sometimes called, the rule that a party cannot manufacture evidence for himself, and the falling foul will not be in any mere technical sense. The rule is sometimes applied in a mechanical unintelligent way to exclude evidence about which no realistic objection could be raised, as the leading case, *Gillie v. Posho* shows; but striking down defence polygraph evidence on this ground would be no mere technical reflex action of legal obscurantists. The policy behind the doctrine is a fundamental one, and defence polygraph evidence usually offends it fundamentally. As some judges have pointed out, only those defendants who successfully take examinations are likely to want the results admitted. There is no compulsion to put in the first test results obtained. A defendant can take the test many times, if necessary “examiner-shopping”, until he gets a result which suits him. Even stipulated tests are not free of this taint, because of course his lawyers will advise him to have several secret trial runs before the prosecution is approached. If nothing else, the dry runs will habituate him to the process and to the expected relevant questions.

It is therefore my opinion that evidence of the results of a polygraph examination would clearly offend the rule against the admission of past or out-of-court statements by a witness. All of the

ne relève d'aucune exception reconnue à l'application de la règle, c'est-à-dire les situations où une telle preuve peut être admise pour réfuter l'allégation de fabrication récente ou pour établir l'état physique, mental ou émotionnel, elle doit être écartée. On courrait autrement le risque de voir le procès consacré à une étude de questions incidentes qui prendrait beaucoup de temps, sèmerait la confusion, et ferait dévier les procédures de l'examen de la question fondamentale de la culpabilité ou de l'innocence. Ce point de vue est résumé par D. W. Elliott dans «Lie-Detector Evidence: Lessons from the American Experience» dans *Well and Truly Tried* (1982), aux pp. 129 et 130:

[TRADUCTION] Un défendeur qui essaie de produire en preuve les résultats d'un test établissant sa véracité relativement aux questions en litige se heurtera inévitablement à la règle interdisant l'admission de déclarations intéressées ou, comme on l'appelle parfois, la règle selon laquelle une partie ne saurait fabriquer une preuve en sa faveur; et il ne s'agirait pas à ce moment-là d'un écueil dans un sens purement formel. La règle est parfois appliquée d'une façon machinale et peu intelligente pour exclure des éléments de preuve auxquels aucune exception valable ne peut être opposée, comme cela ressort de l'arrêt de principe *Gillie v. Posho*. Mais si l'on rejetait pour ce motif une preuve par détecteurs de mensonges produite par la défense, ce ne serait pas qu'un simple réflexe formaliste de juristes obscurantistes. La politique qui sous-tend le principe est primordiale et, en règle générale, une preuve par détecteurs de mensonges produite par la défense va fondamentalement à son encounter. Comme l'ont souligné certains juges, il est probable que seuls les défendeurs qui passent le test avec succès voudront que les résultats soient admis en preuve. Il n'y a aucune obligation de présenter les premiers résultats obtenus. Un défendeur peut subir le test à maintes reprises et, au besoin, aller d'expert en expert jusqu'à ce qu'il obtienne les résultats désirés. Même les tests obligatoires ne sont pas inattaquables à cet égard, car il va sans dire que les avocats d'un défendeur lui conseilleront de se soumettre en secret à plusieurs essais avant de se livrer au ministère public. À tout le moins ces essais lui permettront de s'habituer au test et de se mettre au courant des questions qui seront vraisemblablement posées.

J'estime en conséquence qu'une preuve formée des résultats d'un test par détecteur de mensonges irait nettement à l'encontre de la règle interdisant l'admission de déclarations antérieures ou de

considerations upon which the rule is based are as applicable to polygraph evidence as to other statements. The repetition of statements by another witness adds nothing to their weight and reliability. The ultimate decision as to the truth or falsity of the evidence of a witness must rest upon the exercise of the judgment of the trier of fact. This is as true of evidence of polygraph tests as of any other evidence. In the last analysis, the trier of fact must reach its conclusion on the basis of the evidence given by a human being in court. The evidence of the polygraph operator if heard by the trier of fact adds nothing to the earlier statement of the witness which is sought to be supported.

#### Rule Relating to Character Evidence

A further rule which is related to the rule against oath-helping, and consistent with it in general application, is that concerning the use of character evidence. *McWilliams, supra*, at p. 275, expresses the rule as it relates to the Crown's position in these terms:

It is a fundamental principle of the English common law that the prosecution is not allowed to prove that an accused had committed the offence with which he is charged by evidence that he is a person of bad character and one who is in the habit of committing crimes. Proof of guilt of the accused is limited to the transaction which forms the charge upon which he is being tried.

This proposition is subject, however, to the qualification that where an accused person puts his good character in issue in the case the Crown may then bring evidence of bad character. There has been controversy as to how an accused could put his character into issue. According to the early view, in giving character evidence he was limited to evidence of general reputation, rather than of specific incidents of good conduct. This position was somewhat at odds with the view expressed by Duff C.J. in *R. v. Barbour*, [1938] S.C.R. 465, where he said, at p. 469:

déclarations extrajudiciaires d'un témoin. Chacune des considérations qui sous-tendent cette règle s'applique avec autant de force à la preuve obtenue par détecteurs de mensonges qu'à d'autres déclarations. Ce n'est pas parce qu'elles sont répétées par un autre témoin que des déclarations acquièrent un poids et une fiabilité accrues. La décision finale quant à la véracité ou à la fausseté d'un témoignage doit reposer sur le jugement dont fait preuve le juge des faits. Cela vaut autant pour la preuve recueillie au moyen de tests par détecteurs de mensonges que pour n'importe quelle autre preuve. Le juge des faits doit en dernière analyse arriver à sa conclusion en se fondant sur la déposition faite par un être humain devant le tribunal. Du point de vue du juge des faits, le témoignage de l'expert en détecteurs de mensonges n'ajoute rien à la déclaration antérieure du témoin, que l'on cherche à corroborer.

#### La règle relative à la preuve de moralité

Une autre règle qui s'apparente à la règle interdisant les témoignages justificatifs et qui se révèle généralement compatible avec elle est celle concernant l'utilisation d'une preuve de moralité. *McWilliams, précité*, à la p. 275, énonce de la manière suivante la règle en tant qu'elle se rapporte à la position du ministère public:

[TRADUCTION] La *common law* anglaise pose comme principe fondamental que la poursuite ne saurait produire, pour établir qu'un accusé a commis l'infraction qu'on lui impute, une preuve qui fait ressortir sa mauvaise moralité et ses habitudes criminelles. La preuve de la culpabilité de l'accusé se limite à l'affaire qui donne naissance à l'accusation relativement à laquelle il se fait juger.

Cette proposition souffre toutefois une restriction: lorsqu'un accusé met sa moralité en cause, il est alors loisible au ministère public de présenter une preuve de sa mauvaise moralité. Déterminer comment un accusé pourrait mettre sa moralité en cause est une question controversée. Autrefois, l'accusé qui présentait une preuve de moralité devait se limiter à une preuve de réputation générale plutôt que de mentionner des exemples précis de bonne conduite. Cette position est plutôt en conflit avec l'opinion exprimée par le juge en chef Duff dans l'arrêt *R. v. Barbour*, [1938] R.C.S. 465, à la p. 469:

Of course, a much wider latitude is allowed the accused, who may adduce any evidence, of good character for example, tending to show, not only that it was not likely that he committed the crime charged but that he was not the kind of person likely to do so.

More recent decisions have developed a compromise between the two extremes expressed above. Brooke J.A. in *R. v. Close* (1982), 68 C.C.C. (2d) 105 (Ont. C.A.), at p. 113, observed that "It is difficult to see how an accused could give evidence of his own reputation" and the courts have thus accorded a wider scope to an accused. In *R. v. McFadden* (1981), 65 C.C.C. (2d) 9 (B.C.C.A.), Craig J.A. said, at p. 13:

The purpose of evidence of good character is to show the accused is a person who is not likely to have committed the act with which he is charged and, also, to enhance his credibility. An accused may adduce evidence of good character (1) by calling witnesses; (2) by cross-examining Crown witnesses on the subject; (3) by giving testimony. Normally, he may lead evidence of good character by adducing evidence only of his general reputation, not by adducing evidence of specific acts which might tend to establish his character. The Crown may call evidence of bad character in rebuttal, but such evidence, also, must relate only to general reputation: *R. v. Rowton* (1865), Le. & Ca. 520, 169 E.R. 1497. An accused may put his character in issue in the course of giving his testimony, not by giving evidence of his general reputation, but by making assertions which tend to show that he is a person of good character, particularly with regard to the aspect of his character which is in issue.

See, as well, *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.), at p. 348:

Mr. Robinette also argued that character means general reputation and that the accused can only put his character in issue by adducing evidence of general reputation. With respect, we do not agree. The common law rule was that evidence of good character could only be given by evidence of reputation, and could only be rebutted by evidence of reputation and not by specific acts of bad conduct: *R. v. Rowton* (1865), Le & Ca. 520, 169 E.R. 1497. That rule was, however, established at a time when the accused could not himself give evidence. A long series of cases in England (two of

[TRADUCTION] Bien sûr, on laisse à l'accusé une latitude beaucoup plus grande et il peut apporter n'importe quelle preuve, par exemple une preuve de moralité, tendant à démontrer non seulement qu'il est peu probable qu'il ait commis le crime imputé, mais aussi qu'il n'était pas une personne encline à le faire.

Une jurisprudence plus récente a établi un moyen terme entre les deux extrêmes exposés ci-dessus. Le juge Brooke de la Cour d'appel, dans l'arrêt *R. v. Close* (1982), 68 C.C.C. (2d) 105 (C.A. Ont.), à la p. 113, a dit qu' [TRADUCTION] «on conçoit mal comment un accusé peut témoigner de sa propre réputation» et les tribunaux ont en conséquence laissé une plus grande marge aux accusés. Dans l'arrêt *R. v. McFadden* (1981), 65 C.C.C. (2d) 9 (C.A.C.-B.), le juge Craig a dit, à la p. 13:

[TRADUCTION] La preuve de moralité a pour but de démontrer que l'accusé est une personne qui n'aurait probablement pas commis l'acte dont elle se trouve inculpée et aussi de renforcer sa crédibilité. Un accusé peut prouver sa moralité (1) en citant des témoins, (2) en contre-interrogeant à ce sujet les témoins à charge et (3) en témoignant lui-même. Normalement il ne lui est loisible d'établir sa moralité que par une preuve de sa réputation générale et non pas par une preuve d'actes précis pouvant tendre à démontrer sa moralité. Le ministère public peut présenter une contre-preuve de mauvaise moralité, mais cette contre-preuve doit-elle aussi se rapporter uniquement à la réputation générale: *R. v. Rowton* (1865), Le. & Ca. 520, 169 E.R. 1497. Il est permis à un accusé de mettre sa moralité en cause au cours de sa déposition, non pas en témoignant relativement à sa réputation générale, mais en faisant des assertions tendant à démontrer qu'il est une personne de bonne moralité, particulièrement en ce qui concerne l'aspect précis de sa moralité qui est en cause.

Voir en outre l'arrêt *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.), à la p. 348:

[TRADUCTION] M<sup>e</sup> Robinette a fait valoir en outre qu'il faut entendre par moralité la réputation générale et que l'accusé ne peut mettre sa moralité en cause qu'en produisant une preuve de sa réputation générale. Avec égards, nous ne sommes pas d'accord. En *common law*, la règle voulait que la preuve de bonne moralité ne puisse être apportée que sous la forme d'une preuve de réputation et ne puisse être réfutée que par une preuve de réputation et non par une preuve d'actes précis de mauvaise conduite: *R. v. Rowton* (1865), Le & Ca. 520, 169 E.R. 1497. Cette règle a toutefois été posée à une

which were cited with approval in *Morris v. The Queen, supra*) have held that an accused may put his character in issue by testifying as to his good character. The word "character" in the *Criminal Evidence Act, 1898* has uniformly been held to mean not only reputation, but actual moral disposition: *Cross on Evidence*, 4th ed. (1974), p. 426; *Phipson on Evidence*, 12th ed. (1976), p. 218. It is true that when the accused wishes to adduce extrinsic evidence of good character by calling witnesses, such evidence is confined to evidence of general reputation, but that has no application where the accused himself gives the evidence.

The position is summarized by McWilliams, *supra*, at p. 282, in these terms:

When the defence seeks to put the character of the accused in issue by cross-examination of prosecution witnesses, or by calling defence witnesses other than the accused it is submitted that the rule should be strictly enforced, that is, it is confined to evidence of general reputation. However, when the accused himself puts his character in issue he is not so confined.

An example of the attempted use of character evidence to support the credibility of a witness has already been cited in *R. v. Clarke, supra*. What is the consequence of this rule in relation to polygraph evidence? Where such evidence is sought to be introduced it is the operator who would be called as the witness and it is clear, of course, that the purpose of his evidence would be to bolster the credibility of the accused and, in effect, to show him to be of good character by inviting the inference that he did not lie during the test. In other words, it is evidence not of general reputation but of a specific incident and its admission would be precluded under the rule. It would follow, then, that the introduction of evidence of the polygraph test would violate the character evidence rule.

#### Expert Evidence

It was also argued that the polygraph evidence was receivable as expert evidence. The polygraph operator, as an expert, was trained and qualified to give his opinion as to the veracity of the witness, based solely on his interpretation of the signifi-

époque où l'accusé ne pouvait pas témoigner lui-même. Une longue série de décisions anglaises (dont deux ont été citées et approuvées dans la décision *Morris v. The Queen*, précitée) ont établi qu'un accusé peut mettre sa moralité en cause en témoignant de sa bonne moralité. Il a été jugé systématiquement que le terme «moralité» employé dans la *Criminal Evidence Act, 1898* signifie non seulement la réputation, mais aussi le sens moral: *Cross on Evidence* 4th ed. (1974), à la p. 426; *Phipson on Evidence*, 12th ed. (1976), à la p. 218. Il est vrai que lorsque l'accusé désire produire une preuve extrinsèque de sa bonne moralité en citant des témoins, cette preuve doit se limiter à une preuve de sa réputation générale, mais cette règle ne s'applique pas quand c'est l'accusé lui-même qui témoigne.

McWilliams, précité, à la p. 282, résume le principe en les termes suivants:

[TRADUCTION] Lorsque la défense cherche à mettre la moralité de l'accusé en cause en contre-interrogeant les témoins à charge ou en faisant déposer des témoins à décharge autres que l'accusé, la règle devrait être appliquée strictement, c'est-à-dire qu'il faut s'en tenir à une preuve de la réputation générale. Cette restriction ne joue cependant pas quand c'est l'accusé lui-même qui met sa moralité en cause.

L'affaire *R. v. Clarke*, précitée, représente un exemple d'une tentative de se servir d'une preuve de moralité pour appuyer la crédibilité d'un témoin. Quel effet la règle a-t-elle sur la preuve par détecteurs de mensonges? Lorsqu'on essaie de produire une telle preuve c'est l'expert en détecteurs de mensonges qui sera cité comme témoin et sa déposition aura évidemment pour but d'étayer la crédibilité de l'accusé et, en fait, de démontrer sa bonne moralité en donnant à entendre qu'il n'a pas menti au cours du test. En d'autres termes, il s'agit d'une preuve non pas de la réputation générale mais d'un incident précis qui, en tant que telle, sera écartée en vertu de la règle. Il s'ensuit donc que la production en preuve du test par détecteur de mensonges constituerait une violation de la règle relative à la preuve de moralité.

#### La preuve d'expert

On a soutenu en outre que la preuve obtenue par détecteurs de mensonges était admissible en tant que preuve d'expert. L'opérateur en tant qu'expert en détecteurs de mensonges était compétent et qualifié pour exprimer son opinion quant à la



cance of the responses made by the witness to the questions put on the examination.

The role of the expert witness was defined in this Court in *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24. Speaking for the Court, Dickson J. (as he then was) said, at p. 42:

With respect to matters calling for special knowledge, an expert in the field may draw inferences and state his opinion. An expert's function is precisely this: to provide the judge and jury with a ready-made inference which the judge and jury, due to the technical nature of the facts, are unable to formulate. "An expert's opinion is admissible to furnish the Court with scientific information which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. If on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of the expert is unnecessary" (*Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80, at p. 83, *per* Lawton L.J.)

It was said in *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34, at p. 40, by Lord Cooper:

Their duty is to furnish the Judge or jury with the necessary scientific criteria for testing the accuracy of their conclusions, so as to enable the Judge or jury to form their own independent judgment by the application of these criteria to the facts proved in evidence.

The function of the expert witness is to provide for the jury or other trier of fact an expert's opinion as to the significance of, or the inference which may be drawn from proved facts in a field in which the expert witness possesses special knowledge and experience going beyond that of the trier of fact. The expert witness is permitted to give such opinions for the assistance of the jury. Where the question is one which falls within the knowledge and experience of the triers of fact, there is no need for expert evidence and an opinion will not be received.

Here, the sole issue upon which the polygraph evidence is adduced is the credibility of the accused, an issue well within the experience of judges and juries and one in which no expert

véracité du témoin, en se fondant uniquement sur son interprétation du sens des réponses données par le témoin aux questions posées dans le cadre du test.

<sup>a</sup> Le rôle d'un témoin expert a été précisé par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24. Parlant au nom de la Cour, le juge Dickson (alors juge puîné) a dit, à la p. 42:

<sup>b</sup> Quant aux questions qui exigent des connaissances particulières, un expert dans le domaine peut tirer des conclusions et exprimer son avis. Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge et au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler. [TRADUCTION] «L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire» (*Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80, à la p. 83, le lord juge Lawton).

<sup>c</sup> Lord Cooper a affirmé dans la décision *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34, à la p. 40:

[TRADUCTION] Il leur incombe de fournir au juge ou au jury les critères scientifiques nécessaires pour vérifier l'exactitude de leurs conclusions, afin de permettre au juge ou au jury de former sa propre opinion par l'application de ces critères aux faits établis par la preuve.

<sup>d</sup> Le rôle du témoin expert consiste à mettre à la disposition du jury ou de tout autre juge des faits son opinion d'expert sur le sens de faits établis, ou sur les conclusions à en tirer, dans un domaine où le témoin expert possède des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits. Il est permis au témoin expert d'exprimer de telles opinions pour aider le jury. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une question qui relève des connaissances et de l'expérience du juge des faits, point n'est besoin du témoignage d'un expert et, à ce moment-là, aucune opinion d'expert ne sera admise.

<sup>e</sup> En l'espèce la seule question relativement à laquelle on présente une preuve obtenue par détecteurs de mensonges est celle de la crédibilité des accusés, question qui relève clairement de l'expé-

evidence is required. It is a basic tenet of our legal system that judges and juries are capable of assessing credibility and reliability of evidence. This question has been the subject of a comment by Michael Abbell in "Polygraph Evidence: The Case Against Admissibility in Federal Criminal Trials" (1977), 15 *Am. Crim. L. Rev.* 29, who said, at p. 55:

Witness or defendant veracity has seldom been viewed a technical issue on which 'untrained' laymen are unqualified to reach intelligent determinations after being exposed to all of the evidence in a case. Indeed, it has been the traditional function of jurors in our system to apply their own daily experiences to the testimony and the other evidence presented to them to determine which witnesses are truthful. It is the jurors' own "expertise" in conducting their personal and business affairs which our judicial system has long regarded as making them specially qualified to make this determination.

I adopt these words, and I am therefore of the view that polygraph evidence aimed at supporting the credibility of the accused is not receivable as evidence in Canada.

In conclusion, it is my opinion, based upon a consideration of rules of evidence long established and applied in our courts, that the polygraph has no place in the judicial process where it is employed as a tool to determine or to test the credibility of witnesses. It is frequently argued that the polygraph represents an application of modern scientific knowledge and experience to the task of determining the veracity of human utterances. It is said that the courts should welcome this device and not cling to the imperfect methods of the past in such an important task. This argument has a superficial appeal but, in my view, it cannot prevail in the face of the realities of court procedures.

I would say at once that this view is not based on a fear of the inaccuracies of the polygraph. On

rien de juges et de jurys et à l'égard de laquelle aucune preuve d'expert n'est nécessaire. L'un des principes fondamentaux de notre système juridique porte que les juges et les jurys sont compétents pour déterminer la crédibilité et la fiabilité d'une preuve. Cette question a été commentée par Michael Abbell dans «Polygraph Evidence: The Case Against Admissibility in Federal Criminal Trials» (1977), 15 *Am. Crim. L. Rev.* 29. À la page 55, il fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] La véracité d'un témoin ou d'un accusé a été rarement considérée comme une question technique sur laquelle des profanes «sans formation» n'ont pas compétence pour répondre intelligemment après avoir été saisis de l'ensemble de la preuve dans une affaire. Ce sont d'ailleurs les fonctions traditionnelles des jurés dans notre système d'appliquer leur propre expérience de la vie quotidienne aux témoignages et aux autres éléments de preuve produits devant eux, afin d'arriver à déterminer quels témoins disent la vérité. «C'est l'expertise des jurés» dans la conduite de leurs affaires personnelles et commerciales qui fait que, dans notre système judiciaire, ils sont depuis longtemps jugés particulièrement compétents pour faire la détermination qui leur incombe.

Je fais miennes ces observations et j'estime en conséquence qu'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges visant à soutenir la crédibilité d'un accusé n'est pas admissible en preuve au Canada.

En conclusion, ayant examiné les règles de preuve bien établies et appliquées depuis longtemps par nos tribunaux, je suis d'avis que le détecteur de mensonges n'a pas de place dans le processus judiciaire dans la mesure où l'on s'en sert comme moyen de déterminer ou de vérifier la crédibilité de témoins. On dit souvent que le détecteur de mensonges représente une application des connaissances et de l'expérience scientifiques modernes à la détermination de la véracité de déclarations humaines. Étant donné l'importance de leur tâche, les tribunaux, affirme-t-on, devraient accueillir cet appareil plutôt que de s'accrocher aux méthodes imparfaites du passé. Bien que cet argument puisse séduire à première vue, selon moi, la réalité de la procédure judiciaire vient empêcher qu'il soit retenu.

Je m'empresse de préciser que cette opinion ne repose nullement sur une crainte des inexactitudes

that question we were not supplied with sufficient evidence to reach a conclusion. However, it may be said that even the finding of a significant percentage of errors in its results would not, by itself, be sufficient ground to exclude it as an instrument for use in the courts. Error is inherent in human affairs, scientific or unscientific. It exists within our established court procedures and must always be guarded against. The compelling reason, in my view, for the exclusion of the evidence of polygraph results in judicial proceedings is two-fold. First, the admission of polygraph evidence would run counter to the well established rules of evidence which have been referred to. Second, while there is no reason why the rules of evidence should not be modified where improvement will result, it is my view that the admission of polygraph evidence will serve no purpose which is not already served. It will disrupt proceedings, cause delays, and lead to numerous complications which will result in no greater degree of certainty in the process than that which already exists.

Since litigation replaced trial by combat, the determination of fact, including the veracity of parties and their witnesses, has been the duty of judges or juries upon an evaluation of the statements of witnesses. This approach has led to the development of a body of rules relating to the giving and reception of evidence and we have developed methods which have served well and have gained a wide measure of approval. They have facilitated the orderly conduct of judicial proceedings and are designed to keep the focus of the proceedings on the principal issue, in a criminal case, the guilt or innocence of the accused. What would be served by the introduction of evidence of polygraph readings into the judicial process? To begin with, it must be remembered that however scientific it may be, its use in court depends on the human intervention of the operator. Whatever results are recorded by the polygraph instrument, their nature and significance

du détecteur de mensonges, question sur laquelle on ne nous a pas présenté une preuve suffisante pour que nous puissions nous prononcer. On peut néanmoins faire remarquer que même une conclusion à l'existence d'un pourcentage important d'erreurs dans les résultats ne constituerait pas en soi un motif suffisant pour en interdire l'usage devant les tribunaux. L'erreur est inhérente aux affaires humaines, scientifiques ou non scientifiques. La procédure établie de nos tribunaux n'en est pas exempte non plus, c'est pourquoi il faut toujours se montrer vigilant. À mon sens, deux raisons impérieuses militent en faveur de l'exclusion dans les procédures judiciaires de toute preuve formée par les résultats de tests par détecteurs de mensonges. En premier lieu, l'admission d'une preuve obtenue au moyen du détecteur de mensonges irait à l'encontre des règles de preuve bien établies qu'on a déjà mentionnées. En deuxième lieu, quoique rien ne s'oppose à ce que les règles de preuve soient modifiées lorsque cela entraîne des améliorations, j'estime que l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne servira aucune fin qui n'est pas déjà servie. De plus, elle perturbera les procédures, occasionnera des retards et créera de nombreuses complications, sans pour autant apporter au processus plus de certitude qu'on en trouve à présent.

Depuis que le combat judiciaire a cédé le pas aux poursuites judiciaires, la détermination des faits, y compris la véracité des parties et de leurs témoins, incombe aux juges ou aux jurys qui, à cette fin, procèdent à une appréciation des déclarations des témoins. Cette façon de faire a engendré tout un ensemble de règles portant sur la production et l'admission de preuves et on a élaboré des méthodes qui se sont révélées efficaces et qui ont acquis un degré considérable d'approbation. Elles ont facilité la conduite ordonnée des procédures judiciaires et sont conçues de manière que les procédures ne s'écartent pas de la question fondamentale en litige, c'est-à-dire, dans une affaire criminelle, celle de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. À quoi servirait-il d'introduire à titre de preuve dans le processus judiciaire des résultats de tests par détecteurs de mensonges? En premier lieu, il faut se rappeler que toute scientifique que puisse être cette preuve, son utilisation devant le

reach the trier of fact through the mouth of the operator. Human fallibility is therefore present as before, but now it may be said to be fortified with the mystique of science. Then, it may be asked, what does it do? It provides evidence on the issue of the credibility of a witness. This has always been a collateral issue and one to be decided by the trier of fact. Is the trier of fact assisted by hearing, firstly from witness "A" that he was not present at the scene of the crime, and then from witness "B", a polygraph operator, that "A" was probably truthful? What would the result be, one may ask, if the polygraph operator concluded from his test that witness "A" was lying? Would such evidence be admissible, could it be excluded by witness "A", could it be introduced by the Crown? These are serious questions and they lead to others. Would it be open to the opponent of the person relying upon the polygraph to have a second polygraph examination taken for *his* purposes? If the results differed, which would prevail, and what right would there be for compelling the production of polygraph evidence in the possession of a reluctant party? It is this fear of turmoil in the courts which leads me to reject the polygraph. Like Porter C.J.O. in *Kyselka*, I would not wish to see a return to the method of pre-Norman trials where parties relied heavily upon oath-helpers who swore to their veracity. For a description of the role of the oath-helper in early times, see W. S. Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. 1, at pp. 305-8, and W. F. Walsh, *Outlines of the History of English and American Law* (1926), at pp. 99-100 (footnote II). I would seek to preserve the principle that in the resolution of disputes in litigation, issues of credibility will be decided by human triers of fact, using their experience of human affairs and basing judgment upon their assessment of the witness and on consideration of how an individual's evidence fits into the

tribunal dépend d'une intervention humaine, celle de l'expert en détecteurs de mensonges. Quels que soient les résultats enregistrés par le détecteur de mensonges, c'est par la bouche de l'expert que leur nature et leur sens sont communiqués au juge des faits. La faillibilité humaine est par conséquent toujours présente, mais on peut dire que maintenant elle est renforcée par la mystique de la science. On peut se demander alors à quoi cela sert-il? Il fournit une preuve sur la question de la crédibilité d'un témoin, ce qui n'a jamais été autre chose qu'une question incidente à trancher par le juge des faits. Cela aide-t-il donc le juge des faits si le témoin «A» affirme ne pas avoir été présent sur les lieux du crime et puis que le témoin «B», un expert en détecteurs de mensonges, déclare que «A» dit probablement la vérité? Quel serait le résultat, par exemple, si l'expert concluait de son test que le témoin «A» ment? Cette preuve serait-elle admissible? Pourrait-elle être exclue par le témoin «A»? Pourrait-elle être produite par le ministère public? Voilà des questions sérieuses qui en amènent d'autres encore. Serait-il loisible à l'adversaire de la personne qui s'appuie sur le détecteur de mensonges de faire procéder à un second test à *ses propres fins*? Si les résultats étaient différents, lesquels l'emporteraient et quel droit existerait-il de forcer la production d'une preuve obtenue par ce moyen qui se trouverait en la possession d'une partie qui ne voudrait pas la produire? C'est cette crainte de confusion devant les tribunaux qui me conduit au rejet du détecteur de mensonges. Pas plus que le juge en chef Porter dans l'arrêt *Kyselka*, je ne souhaite un retour à la méthode employée dans les procès antérieurement à la conquête normande où les parties comptaient beaucoup sur des témoins justificateurs qui juraient qu'elles disaient la vérité. Pour une description du rôle du témoin justificateur autrefois, voir W. S. Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. 1, aux pp. 305 à 308, et W. F. Walsh, *Outlines of the History of English and American Law* (1926), aux pp. 99 et 100 (note II). Je cherche à maintenir le principe selon lequel, dans le règlement de litiges devant les tribunaux, les questions de crédibilité doivent être tranchées par des juges des faits qui sont des êtres humains et qui utilisent leur expérience des affaires humai-

general picture revealed on a consideration of the whole of the case.

For the above reasons, and following *Phillion, supra*, I would allow the Crown's appeal. I would set aside the order of the Court of Appeal and confirm the conviction recorded at trial.

The reasons of Lamer and Wilson JJ. were delivered by

WILSON J. (dissenting on the merits)—I have had the benefit of the reasons of my colleague, Justice McIntyre, on this appeal. He has set out the facts and the history of the case in the courts below and it is unnecessary for me to repeat them here.

My colleague gives four basic reasons for excluding the polygraph evidence in this case. They are:

- (1) the rule against oath-helping;
- (2) the rule against past consistent statements;
- (3) the rule relating to character evidence; and
- (4) the expert evidence rule.

I must respectfully disagree with him that these rules present a basis for excluding the polygraph evidence and I will comment briefly on each.

(1) *The Rule Against Oath-helping*

Oath-helping or compurgation was, as I understand it, a method used to prove one's case in pre-Norman England. The accused in a criminal case or the defendant in a civil case could prove his innocence by providing a certain number of compurgators who would swear to the truth of his oath. The compurgators swore a set oath. If they departed from it in the slightest, the "oath burst"

and fondent leur jugement sur leur appréciation du témoin et sur un examen de la manière dont un témoignage donné s'insère dans le tableau général qui se dégage d'un examen de l'affaire dans son ensemble.

Vu les motifs que je viens d'exposer et vu l'arrêt *Phillion*, précité, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public. Je suis en outre d'avis d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité inscrite au procès.

Version française des motifs des juges Lamer et Wilson rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente sur le fond)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés en l'espèce par mon collègue le juge McIntyre. Comme il y expose les faits et présente l'historique de l'affaire devant les tribunaux d'instance inférieure, il n'est pas nécessaire que je le refasse.

Mon collègue donne quatre raisons fondamentales d'exclure en l'espèce la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Ces raisons sont les suivantes:

- (1) la règle s'opposant aux témoignages justificatifs;
- (2) la règle interdisant la production de déclarations antérieures compatibles;
- (3) la règle relative à la preuve de moralité et
- (4) la règle relative à la preuve d'expert.

Avec égards, je ne partage pas son avis que ces règles peuvent servir de fondement à l'exclusion de la preuve obtenue par détecteurs de mensonges et je commenterai brièvement chacune d'elles.

(1) *La règle s'opposant aux témoignages justificatifs*

Les témoignages justificatifs, si je comprends bien, constituaient une méthode de preuve à laquelle on avait recours en Angleterre antérieurement à l'époque normande. L'accusé dans une affaire criminelle ou le défendeur dans une affaire civile pouvait établir son innocence en produisant un certain nombre de témoins justificateurs qui juraient de la véracité de ce qu'il avait dit sous

and the opposing party won. The practice fell into desuetude in the 13th Century.

The connection between oath-helping and the admissibility of polygraph evidence seems to me to be very tenuous. Oath-helpers were not required to have any knowledge material to the innocence or guilt of the accused. They merely recited a particular oath and their oaths were not subject to rebuttal. The polygraph operator, on the other hand, has subjected the accused to a number of tests. He reports on the results of these tests and gives his expert opinion as to whether the physiological reactions of the accused are similar to those of someone telling the truth. He is open to cross-examination on his technique, his assumptions, his interpretation of the data and the accuracy of the device. His evidence is only one of the many factors the jury will consider when assessing the credibility of the accused.

In what sense then can polygraph evidence be said to be similar to the medieval device by which the accused was guaranteed an acquittal if he could muster a sufficient number of compurgators? Any suggestion of similarity would, it seems to me, have to be based on the assumption that, despite the cross-examination of the polygraph operator, the calling of other operators to challenge erroneous statements by the original operator, and the delivery of a proper charge to the jury, the jury would automatically base its decision on the polygraph operator's testimony. I think this is an unwarranted assumption. I do not think we can make it even if my colleague's concern about the heightened weight that might be given to polygraph evidence because of the "mystique of science" has some validity. For reasons which will be given later I doubt that this concern is a valid one.

serment. La teneur du serment de ces témoins justificateurs était préétablie. S'ils s'en écartaient le moins, il y avait à ce moment-là «serment vicié» et la partie adverse obtenait gain de cause. Cette pratique est tombée en désuétude au cours du XIII<sup>e</sup> siècle.

Le rapport qui peut exister entre le recours aux témoignages justificatifs et l'admissibilité d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges me paraît très ténue. Les témoins justificateurs n'étaient pas tenus de posséder des connaissances touchant l'innocence ou la culpabilité de l'accusé. Ils ne faisaient que réciter une formule particulière de serment, qui ne pouvait être contredit. L'expert en détecteurs de mensonges, par contre, administre à l'accusé plusieurs tests. Il rédige un rapport sur les résultats de ces tests et exprime son opinion d'expert sur la question de savoir si les réactions physiologiques de l'accusé ressemblent à celles d'une personne qui dit la vérité. On peut le contre-interroger sur ses méthodes, sur ses hypothèses, sur son interprétation des données et sur la fiabilité de l'appareil. Sa déposition n'est qu'un élément parmi beaucoup d'autres dont le jury tiendra compte dans son appréciation de la crédibilité de l'accusé.

En quoi la preuve obtenue par détecteurs de mensonges ressemble-t-elle donc au procédé médiéval par lequel l'accusé avait la garantie d'être acquitté s'il pouvait réunir un nombre suffisant de témoins justificateurs? Toute affirmation de similarité entre les deux devrait, selon moi, reposer sur l'hypothèse que, malgré le contre-interrogatoire de l'expert en détecteurs de mensonges, malgré le témoignage d'autres experts en la matière pour réfuter les déclarations erronées du premier et malgré la présentation de directives appropriées au jury, celui-ci fonderait automatiquement sa décision sur le témoignage du premier expert. Or, je tiens cette hypothèse pour tout à fait injustifiée. Je ne crois pas que nous puissions la faire, même à supposer la crainte de mon collègue que la preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne reçoive un poids accru en raison de la «mystique de la science» ait quelque validité. Mais, pour des raisons qui seront exposées plus loin, je doute que cette crainte soit valide.

My own view would be that the rule against oath-helping is a curious point of legal history that has little bearing on the issue of polygraph admissibility. Oath-helping was a method of proving one's case that ante-dated the modern concept of trial by evidence. Polygraph evidence, on the other hand, fits squarely within the modern trial theory whereby witnesses are examined to ascertain the truth.

It is suggested, however, that oath-helping is the antecedent of a "well-established rule" against the admissibility of evidence adduced solely for the purpose of bolstering the credibility of one's own witness. A number of authorities are cited in support of the proposition that evidence may not be given in chief to bolster the credit of one's own witnesses but, if evidence is given to impeach their credit, rebuttal evidence may be given on that issue. It is noted, however, that the Canadian cases relied on in support of the rule are all cases in which the Crown was attempting to lead evidence-in-chief to bolster the credibility of a Crown witness. No Canadian case was cited where an accused was denied permission to do this. I have some concern, therefore, as to the scope of the "well-established rule" in Canada. I believe it would require an extension of the rule in this case to apply it to the respondents. Perhaps it should be applied to Crown and defence alike but this is not self-evident. Analogies certainly can be drawn from other areas of criminal evidence law to support a more permissive approach to evidence led by an accused. For example, in *R. v. Miller* (1952), 36 Cr. App. R. 169, an accused was permitted to call evidence against a co-accused which would have been inadmissible if called by the Crown. Also, the English Court of Appeal held in *R. v. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199, that an accused may comment upon the failure of a co-accused to testify although the prosecution could not. The rationale of these cases is summed up by

Pour ma part, j'estime que la règle s'opposant aux témoignages justificatifs n'est rien d'autre qu'un aspect curieux de l'histoire juridique qui a peu de rapport avec la question de l'admissibilité d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Le recours aux témoignages justificatifs est une façon de se justifier qui date d'avant le concept moderne d'un jugement fondé sur la preuve. La preuve obtenue par détecteurs de mensonges, par contre, cadre parfaitement avec la théorie moderne des procès, selon laquelle les témoins sont soumis à des interrogatoires afin que la vérité puisse se dégager.

On prétend, cependant, que le recours aux témoignages justificatifs est le précurseur d'une «règle bien établie» qui rend inadmissibles les éléments de preuve produits à seule fin d'étayer la crédibilité de son propre témoin. Plusieurs précédents ont été cités pour appuyer la proposition selon laquelle on ne saurait produire un témoignage en interrogatoire principal pour étayer la crédibilité de ses propres témoins mais, si une preuve est produite pour les discréditer, une contre-preuve peut être présentée sur cette question. Il convient toutefois de souligner que la jurisprudence canadienne invoquée à l'appui de la règle susmentionnée se compose exclusivement d'affaires dans lesquelles le ministère public tentait de produire des témoignages en interrogatoire principal destinés à appuyer la crédibilité d'un témoin à charge. On n'a invoqué aucune décision canadienne dans laquelle la permission d'en faire autant a été refusée à l'accusé. J'ai en conséquence certaines réserves quant à la portée de la «règle bien établie» au Canada. À mon avis, pour que cette règle s'applique aux intimés en l'espèce, il faudrait lui donner une certaine extension. Peut-être convient-il de l'appliquer et au ministère public et à la défense, mais cela ne va pas de soi. D'ailleurs, si l'on se reporte à d'autres domaines de la preuve criminelle, il est possible de faire des analogies qui justifieraient une attitude plus souple à l'égard d'éléments de preuve produits par un accusé. Par exemple, dans l'affaire *R. v. Miller* (1952), 36 Cr. App. R. 169, on a permis à un accusé de produire contre un coaccusé une preuve qui aurait été inadmissible en tant que preuve à charge. De plus, la Cour d'appel d'Angleterre a

Lord Morris in *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85 (P.C.), where he said at p. 102:

It is ... one thing to say that such evidence [commentary upon failure to testify] is excluded when tendered by the Crown in proof of guilt, but quite another to say that it is excluded when tendered by the accused in disproof of his own guilt.

I am very mindful of the fact that the respondents in this case took the stand in order to deny their involvement in the conspiracy and that the only direct evidence implicating them was that of Grenier, a self-confessed conspirator. The Crown, through Grenier, was impugning the credibility of the respondents by saying that they were lying under oath. It was his word against theirs. The respondents were, in effect, responding to an attack on their credibility by the Crown by offering to take a lie detector test. Indeed, the Crown's whole case was that the respondents were lying and that the informer Grenier was telling the truth.

Section 577(3) of the *Criminal Code* provides that an accused is entitled, after the close of the prosecution's case, to make full answer and defence. It might be said that this is precisely what the respondents were attempting to do through the introduction of the polygraph evidence. Indeed, it has been held that this section of the *Code* gives an accused the right to call such witnesses and evidence as he may consider necessary: see *R. v. Cook* (1960), 127 C.C.C. 287 (Alta. S.C., App. Div.)

It was held in *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425 (Ont. C.A.), that the attack on the Crown witness's credibility has to be more explicit than "the obvious direction of the defence theory" in order to justify the leading of credibility evidence. Again, however, in that case it was the

conclu dans l'arrêt *R. v. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199, qu'il est loisible à un accusé de commenter le fait qu'un coaccusé n'a pas témoigné, alors que la poursuite ne jouit pas de cette possibilité. Le fondement de cette jurisprudence est résumé par lord Morris dans l'arrêt *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85 (P.C.), à la p. 102, où il dit:

[TRADUCTION] ... c'est une chose de dire qu'une telle preuve [des observations sur le fait de ne pas avoir témoigné] est exclue quand elle est invoquée par le ministère public comme preuve de culpabilité et toute autre chose de dire qu'elle est exclue quand elle est invoquée par l'accusé pour prouver son innocence.

Je suis très consciente du fait que les intimés en l'espèce se sont présentés à la barre des témoins pour nier leur participation au complot et que la seule preuve directe établissant leur participation a été le témoignage de Grenier, un complice passé aux aveux. Le ministère public, par l'intermédiaire de Grenier, a mis en doute la crédibilité des intimés en disant qu'ils se parjuraient. C'était la parole de Grenier contre celle des intimés. Donc, en offrant de se soumettre à un test de détecteur de mensonges, les intimés se trouvaient en réalité à riposter à l'attaque du ministère public au sujet de leur crédibilité. Tout l'argument du ministère public revenait d'ailleurs à ceci: les intimés mentaient et l'indicateur Grenier disait la vérité.

Le paragraphe 577(3) du *Code criminel* dispose qu'un accusé a le droit, après que la poursuite a terminé son exposé, de présenter une défense pleine et entière. On pourrait dire que c'est là précisément ce que les intimés ont essayé de faire par la présentation de la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. En fait, il a déjà été établi que cette disposition du *Code* confère à un accusé le droit de citer les témoins et de produire les éléments de preuve qu'il peut juger nécessaires: voir *R. v. Cook* (1960), 127 C.C.C. 287 (C.S. Alb., Div. App.)

On a conclu dans l'arrêt *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425 (C.A. Ont.), que l'attaque contre la crédibilité du témoin à charge doit revêtir une forme plus explicite que [TRADUCTION] «l'orientation évidente de la théorie de la défense» pour que soit justifiée la présentation d'éléments de preuve



Crown that was seeking to bolster the credibility of its own witness. This Court has not yet had occasion to discuss whether the rule should be applied against an accused in a case such as this where the Crown's whole case is based on the accused's lack of credibility. I do not believe, therefore, that there is a "well-established rule" in Canada operating against the respondents. Indeed, I note with interest that the passage quoted from Cross's 5th edition (1979) by my colleague was omitted from the 6th edition (1985) and that there are other authors who do not recognize the existence of such a rule. In my view, therefore, we would be making law in this area if we were to hold such a rule applicable in the circumstances of this case. This is not to say that we should not do so but merely that, if we do so, we should do so advisedly. I will return to this point later when discussing the majority decision in *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18.

(2) *The Rule Against Past Consistent Statements*

The second ground for exclusion of the polygraph evidence is that it infringes the rule against the admission of past consistent statements. The cases and authorities make it clear that these statements are excluded because they are at best irrelevant and at worst fabricated and self-serving. The irrelevance rationale has, it seems to me, little applicability to polygraph evidence. The argument that the mere repetition of a story has no bearing on the truth of the story is, of course, a convincing one. Polygraph evidence, however, is not merely evidence that the accused has said the same thing twice. It is expert evidence on how closely his physiological responses during the test correspond to those of someone telling the truth. It is, in my opinion, clearly relevant.

tendant à établir la crédibilité. Mais, là aussi, c'était le ministère public qui tentait d'étayer la crédibilité de son propre témoin. Cette Cour n'a pas encore eu à examiner s'il convient d'appliquer la règle à l'encontre d'un accusé dans un cas comme celui-ci où le ministère public ne fait valoir que le manque de crédibilité des accusés. Par conséquent, je ne crois pas qu'il existe au Canada une «règle bien établie» qui joue contre les intimés. De fait, il est intéressant de noter que le passage tiré de la cinquième édition de Cross (1979) qu'a cité mon collègue a été omis dans la sixième édition (1985) et qu'il y a d'autres auteurs qui ne reconnaissent pas l'existence d'une telle règle. À mon avis, nous nous trouverions donc à faire du droit prétorien si nous devons juger une telle règle applicable dans les présentes circonstances. C'est dire non pas que nous ne devrions pas le faire, mais simplement que, si nous le faisons, ce doit être à bon escient. Je reviendrai sur ce point plus loin dans le cadre de mon analyse de la décision de la majorité dans l'affaire *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18.

(2) *La règle interdisant la production de déclarations antérieures compatibles*

Le second motif de l'exclusion de la preuve obtenue par détecteurs de mensonges est qu'elle va à l'encontre de la règle interdisant l'admission de déclarations antérieures compatibles. Il ressort clairement de la jurisprudence et de la doctrine que ces déclarations sont écartées parce que, au mieux, elles ne sont pas pertinentes et, au pire, elles sont fabriquées et intéressées. Le manque de pertinence en tant que justification s'applique, me semble-t-il, assez mal à la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. L'argument selon lequel la simple répétition d'un récit n'a rien à voir avec sa véridicité est, bien entendu, convaincant. La preuve obtenue par détecteurs de mensonges n'est cependant pas une simple preuve que l'accusé a dit deux fois la même chose. Il s'agit d'une preuve d'expert portant sur le degré de correspondance entre les réactions physiologiques de l'accusé au cours du test et celles d'une personne qui dit la vérité. À ce titre, cette preuve est à mon avis manifestement pertinente.

Nor am I persuaded that the evidence should be excluded on the ground that by "examiner shopping" and by engaging in practice tests the accused may be able to increase the likelihood of a "successful" test. Unless it can be established that polygraph tests are *per se* without probative value (and I do not think this has been or could be established), it would seem to me that the possibility of abuse should be a factor going to weight rather than to admissibility.

### (3) *The Rule Relating to Character Evidence*

It is suggested that the admission of polygraph evidence is precluded by certain rules relating to character evidence. Specifically, reliance is placed on the authorities which preclude the accused from leading evidence of specific incidents in order to establish his good character except through his own testimony.

I have grave doubts that polygraph evidence is character evidence. McWilliams in *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984) distinguishes between character and credit at p. 279:

In *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199, the great Erskine said: "Character goes to the issue, that is the probability of the accused having committed the offence while credit goes to the collateral issue, that is the weight to be attached to the testimony of the accused". See also *R. v. McLean* (1940), 73 C.C.C. 310 (N.B.S.C. App. Div.). An accused puts his credit in issue as does any other witness if he testifies, but he does not thereby put his character in issue. He puts his character in issue by calling evidence of good character whether he testifies or not.

I believe this distinction is sound. As McIntyre J. acknowledges, polygraph evidence is adduced "solely for the purpose of bolstering a witness's credibility". It is not introduced to show that the accused is not the sort of person who would commit the offence. It is introduced to provide evidence that the accused's physiological reactions

Je ne suis pas non plus convaincue que cette preuve doive être exclue pour le motif qu'un accusé, en allant d'un expert de détecteurs de mensonges à un autre et en se soumettant à des essais, pourra augmenter ses chances de «succès» au test. À moins qu'il ne soit possible de démontrer que les tests par détecteurs de mensonges sont en soi dénués de toute valeur probante (et je ne crois pas que cela ait été établi ou qu'il soit possible de l'établir), il me semble que le risque d'abus est un facteur qui entre en ligne de compte relativement au poids à donner à la preuve en question plutôt que relativement à son admissibilité.

### (3) *La règle relative à la preuve de moralité*

On a fait valoir que certaines règles relatives à la preuve de moralité viennent empêcher l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Plus particulièrement, on invoque la jurisprudence qui interdit à l'accusé de produire une preuve d'incidents précis tendant à établir sa bonne moralité, si ce n'est dans son propre témoignage.

Je doute fort qu'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges constitue une preuve de moralité. McWilliams, dans *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984), à la p. 279, fait une distinction entre la moralité et la crédibilité:

[TRADUCTION] Dans la décision *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199, l'éminent juriste Erskine a dit: «La moralité touche à la question principale, c.-à-d. celle de la probabilité que l'accusé ait commis l'infraction, tandis que la crédibilité touche à la question incidente, c.-à-d. celle du poids à donner au témoignage de l'accusé.» Voir en outre l'arrêt *R. v. MacLean* (1940), 73 C.C.C. 310 (C.S.N.-B. Div. App.) Un accusé, comme n'importe quel autre témoin, met sa crédibilité en cause dès lors qu'il témoigne, mais il ne met pas en cause sa moralité de ce fait. Il met sa moralité en cause s'il produit une preuve de sa bonne moralité, qu'il témoigne ou non lui-même.

Je crois que cette distinction est juste. Comme le reconnaît le juge McIntyre, la preuve obtenue par détecteurs de mensonges est produite «uniquement pour confirmer la crédibilité d'un témoin». Elle n'est pas produite pour démontrer que l'accusé n'est pas le genre de personne qui commettrait l'infraction en question. Elle est produite pour

are consistent with those of someone who is telling the truth.

If, however, I am wrong in this and the polygraph evidence can be viewed as going to the accused's character as well as to his credibility, is there a rule precluding the admission of this evidence? The general rule seems to be that if the accused puts his character in issue by cross-examining Crown witnesses or by calling defence witnesses other than the accused, then evidence tendered must relate to the general reputation of the accused and not to specific incidents of good behaviour. If the accused himself testifies he may give evidence of specific incidents. My colleague infers from these rules that, since it is the polygraph operator and not the accused himself who is giving evidence of specific incidents, the evidence must be excluded despite the fact that the accused testified. This approach seems to me to create a very artificial distinction: if the accused testifies and puts his character in issue he may rely on specific incidents of good behaviour provided he relates these incidents to the court himself. Yet, although an accused who has taken the stand and put his character in issue is allowed to adduce evidence of specific incidents to establish good behaviour, he is not allowed to call the witnesses necessary to give meaning to these incidents. The spirit of the rule, in my view, militates in favour of admission where the accused has testified.

#### (4) *The Expert Evidence Rule*

The point made here is that expert evidence is not necessary when the issue is the credibility of a witness. This is an issue that juries are specially qualified to decide. They do not require the assistance of experts in making such a determination.

In my respectful view, the polygraph operator does not give an opinion on the credibility of the witness. Rather, she interprets the physiological data and gives an opinion as to whether the data pattern conforms to that of a person who is telling the truth. The operator will also testify as to the

prouver que les réactions physiologiques de l'accusé correspondent à celles d'une personne qui dit la vérité.

Si, toutefois, j'ai tort en cela et que la preuve obtenue par détecteurs de mensonges peut être considérée comme se rapportant aussi bien à la moralité de l'accusé qu'à sa crédibilité, existe-t-il une règle qui s'oppose à l'admission de cette preuve? La règle générale semble être que, si l'accusé met sa moralité en cause en contre-interrogeant des témoins à charge ou en citant des témoins à décharge autres que lui-même, alors la preuve présentée doit se rapporter à la réputation générale de l'accusé plutôt qu'à des exemples précis de bonne conduite. Si l'accusé lui-même témoigne, il peut déposer relativement à des incidents précis. Mon collègue déduit de ces règles que, puisque c'est l'expert en détecteurs de mensonges et non l'accusé lui-même qui dépose au sujet d'incidents précis, ce témoignage doit être exclu malgré le fait que l'accusé a témoigné. Or, cette façon de voir crée, à mon sens, une distinction très artificielle: si l'accusé témoigne et met sa moralité en cause, il peut invoquer des exemples précis de bonne conduite, pourvu qu'il les relate lui-même à la cour. Toutefois, même si un accusé qui a témoigné et qui a mis sa moralité en cause peut produire une preuve d'incidents précis afin d'établir sa bonne conduite, il ne lui est pas permis de citer les témoins nécessaires pour donner du sens à ces incidents. À mon avis, l'esprit de la règle milite en faveur de l'admission en preuve dans un cas où l'accusé a témoigné.

#### (4) *La règle relative à la preuve d'expert*

On fait valoir en l'espèce qu'aucune preuve d'expert n'est nécessaire lorsque c'est la crédibilité d'un témoin qui est en cause, car il s'agit là d'une question qui relève particulièrement de la compétence des jurys. Ils n'ont pas besoin de l'aide d'experts pour s'acquitter de cette tâche.

À mon humble avis, l'expert en détecteurs de mensonges n'émet pas d'opinion sur la crédibilité du témoin. Sa fonction consiste plutôt à interpréter les données physiologiques et à indiquer si, à son avis, ces données correspondent à celles provenant d'une personne qui dit la vérité. Il témoignera en

nature and accuracy of the device itself. The jury will consider this evidence along with the other evidence going to the issue of credibility in order to reach their final conclusion. Thus, the polygraph operator provides an expert opinion on the interpretation of the polygraph results. This evidence is relevant to, but not determinative of, the credibility issue.

I question whether the fear that the polygraph operator will usurp the role of the jury is well-founded. Juries of today are much more sophisticated than they were when some of our restrictive rules of evidence were developed. They are well versed in modern technology, thanks to the influence of the mass media, and are not today in awe of scientific evidence as they might have been a hundred or even fifty years ago. I think the decision of the British Columbia Supreme Court in *R. v. Wong (No. 2)* (1976), 33 C.C.C. (2d) 511, illustrates this very well. The jury in that case found the accused guilty even although the polygraph tests conducted by both the police and the expert called by the defence indicated that the accused had not killed the victim. Meredith J. had admitted the polygraph evidence. He disagreed with the Ontario High Court in *R. v. Phillion* (1972), 10 C.C.C. (2d) 562, that lie detector evidence would inevitably dictate the jury's decision. He said at p. 514:

I do not share Van Camp, J.'s concern on the evidence led in this case, that the jury "by reason of the technicality of the evidence, might be tempted blindly to accept the witness' opinion". Here, the evidence is reasonably comprehensible and I believe the jury will have sufficient information to give proper assessment to its weight. The evidence certainly does not suggest that the polygraph technique is infallible; I do not think the jury will treat it as such.

He also disagreed with the Ontario Court of Appeal (1974), 20 C.C.C. (2d) 191 that the evidence should not be admitted because it went

outre sur la nature et la précision de l'appareil lui-même. Pour arriver à sa conclusion définitive, le jury prendra en considération cette preuve ainsi que d'autres éléments de preuve touchant la question de la crédibilité. Il ne s'agit donc que d'une opinion d'expert sur la façon d'interpréter les résultats du test par détecteur de mensonges. Cette preuve, bien que pertinente relativement à la question de la crédibilité, ne la tranche pas pour autant.

Je doute que la crainte que l'expert en détecteurs de mensonges n'usurpe le rôle du jury soit justifiée. De nos jours, les jurés sont beaucoup plus avertis qu'ils ne l'étaient à l'époque où certaines de nos règles restrictives en matière de preuve ont été élaborées. Grâce à l'influence des mass media, les jurés d'aujourd'hui sont versés dans la technologie moderne et ne sont plus intimidés par la preuve scientifique comme ils ont pu l'être il y a une centaine, voire une cinquantaine, d'années. Je crois que cela se dégage nettement de la décision *R. v. Wong (No. 2)* (1976), 33 C.C.C. (2d) 511, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Dans cette affaire-là, le jury a conclu à la culpabilité de l'accusé, même si les tests par détecteurs de mensonges administrés tant par la police que par l'expert cité par la défense indiquaient que l'accusé n'avait pas tué la victime. Le juge Meredith a admis la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Il n'a pas souscrit à l'avis, exprimé par la Haute Cour de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Phillion* (1972), 10 C.C.C. (2d) 562, que le verdict du jury serait inévitablement dicté par la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Le juge Meredith a dit, à la p. 514:

[TRADUCTION] Compte tenu de la preuve produite en l'espèce, je ne partage pas l'inquiétude du juge Van Camp que le jury, «en raison de la technicité de la preuve, puisse être tenté d'accepter aveuglément l'opinion du témoin». En l'espèce, la preuve est raisonnablement compréhensible et je crois que le jury disposera de suffisamment de renseignements pour pouvoir l'apprécier à sa juste valeur. La preuve ne laisse certainement pas entendre que le détecteur de mensonges est infallible et je ne crois pas que le jury le traite comme tel.

Il a rejeté en outre l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario (1974), 20 C.C.C. (2d) 191, selon laquelle la preuve en question ne devait pas être

directly to the question of whether the accused committed the offence. He said at p. 515:

I am not aware of any convincing reason to exclude the opinion of the polygrapher because it bears on almost the very question the jury is called upon to answer, unless the jury may be inclined to give undue weight to it. Moreover, opinion evidence, I would have thought, is frequently admitted in our Courts going directly to issues to be resolved by Judge or jury.

Meredith J. concluded that while polygraph tests are not one hundred per cent accurate, they do have a high degree of reliability and, indeed, the police themselves had initiated their use in this particular case.

Meredith J. was, however, reversed on appeal (1978), 41 C.C.C. (2d) 196, following the decision of this Court in *Phillion*. McFarlane J.A. stated succinctly at p. 199:

The latter judgment makes it clear that the opinion evidence about the polygraph tests should not have been admitted.

#### The Rule Against Bolstering the Credibility of One's Own Witness

Because I do not believe that any of the other rules preclude the admission of polygraph evidence, I return to the rule against bolstering the credibility of one's own witness. The existing case law on this subject seems to be divisible into two categories namely (1) cases in which the evidence was led for the sole purpose of bolstering the witness's credibility; and (2) cases where evidence was led that had the effect of indirectly bolstering the witness's credibility.

##### (1) *Sole Purpose the Bolstering of Credibility*

Only three cases, all Canadian, and all involving Crown witnesses, seem to fall into the first category. *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103 (Ont. C.A.), and *R. v. Burkart*; *R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210 (Sask. C.A.), were both cases in which the Crown called a psychiatrist who testified

admise parce qu'elle se rapportait directement à la question de savoir si l'accusé avait commis l'infraction. Il a dit, à la p. 515:

[TRADUCTION] Je ne connais aucune raison convaincante d'exclure l'opinion de l'expert en détecteurs de mensonges parce qu'elle porte quasiment sur la question même à laquelle le jury est appelé à répondre, à moins que le jury puisse être enclin à lui attribuer une importance indue. Il me semble d'ailleurs que nos tribunaux admettent souvent des témoignages d'opinion qui se rapportent directement à des questions à résoudre par le juge ou le jury.

Le juge Meredith a conclu que, bien que les tests par détecteurs de mensonges ne soient pas exacts à cent pour cent, ils ont tout de même un haut degré de fiabilité et, qu'en fait, c'était la police elle-même qui s'était servie la première du détecteur de mensonges dans ce cas précis.

En appel (1978), 41 C.C.C. (2d) 196, on a cependant suivi l'arrêt *Phillion* de cette Cour et la décision du juge Meredith a été infirmée. Le juge McFarlane a dit succinctement, à la p. 199:

[TRADUCTION] Ce dernier arrêt établit clairement que la preuve sous forme d'opinion concernant les tests par détecteurs de mensonges n'aurait pas dû être admise.

#### La règle qui interdit d'étayer la crédibilité de son propre témoin

Parce que je ne crois pas que l'une des autres règles s'oppose à l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges, je reviens à la règle qui interdit d'étayer la crédibilité de son propre témoin. La jurisprudence sur cette question semble se diviser en deux catégories, savoir: (1) les affaires dans lesquelles la preuve a été produite à seule fin d'étayer la crédibilité du témoin et (2) celles où l'on a produit des éléments de preuve ayant pour effet d'étayer indirectement la crédibilité du témoin.

##### (1) *Les cas où le seul but visé est d'étayer la crédibilité*

Seules trois affaires, toutes canadiennes et toutes portant sur des témoins à charge, semblent tomber dans la première catégorie. Dans l'affaire *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103 (C.A. Ont.), et aussi dans l'affaire *R. v. Burkart*; *R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210 (C.A. Sask.), le

that, because the complainant was of low intelligence, she was unlikely to fabricate a false story to tell the court. In both cases the evidence was held inadmissible as evidence going solely to the witness's credibility. *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224 (Alta. C.A.), followed *Kyselka* and *Burkart*. In that case the Crown called a prison inmate as a witness. The Crown asked a series of questions about the witness's conversion to a life of honesty and about his rehabilitation as a lead in to his significant testimony that an inculpatory statement had been made to him by the accused in prison. The court held the preliminary questions to be improper as they served only to bolster the credibility of the witness.

## (2) *Indirect Bolstering of Credibility*

In two English cases and in one Australian case, the accused testified that he did not commit the crime he was charged with and attempted to introduce psychiatric or psychological evidence to support his version of what took place. The evidence went to the accused's state of mind at the time of the crime. It did not go directly to whether the accused was likely to tell the truth as a witness. However, if the evidence was believed, it would have supported the accused's version of what took place. Thus, it would have indirectly bolstered the accused's credibility.

The first of these cases is *Lowery v. The Queen*, *supra*. Here the issue was whether one accused could call evidence of a psychologist relating to the respective personalities of the two accuseds. The psychologist's evidence suggested that the second accused was more likely to have killed the victim than the first was. Thus the credibility of the first accused was inferentially bolstered. The Court held the evidence to be admissible. The key to the ruling was that the evidence was clearly relevant to the issue of which of the two accused to believe. As the Court puts it at p. 101:

ministère public a cité un psychiatre qui a témoigné que, en raison de la faible intelligence de la plaignante, il était peu probable qu'elle fabrique une histoire à l'intention de la cour. Dans les deux cas, le témoignage a été jugé inadmissible pour le motif qu'il se rapportait uniquement à la crédibilité du témoin. L'arrêt *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Alb.), a suivi les arrêts *Kyselka* et *Burkart*. Dans l'affaire *Clarke* le ministère public a cité comme témoin un détenu. La poursuite lui a posé une série de questions concernant sa conversion à une vie honnête et sa réhabilitation en prélude à sa déposition importante portant que l'accusé lui avait fait une déclaration inculpatoire en prison. La cour a conclu à l'irrégularité de ces questions préliminaires parce qu'elles ne servaient qu'à étayer la crédibilité du témoin.

## *(2) Les cas où la crédibilité est étayée indirectement*

Dans deux affaires anglaises et une affaire australienne, l'accusé a témoigné ne pas avoir commis le crime qu'on lui imputait et il a tenté de produire une preuve psychiatrique ou psychologique à l'appui de sa version des événements. La preuve en question avait trait à l'état d'esprit de l'accusé au moment du crime et ne se rapportait pas directement à la question de savoir si l'accusé dirait probablement la vérité en tant que témoin. Si toutefois on avait ajouté foi à cette preuve, elle aurait appuyé le récit de l'accusé concernant ce qui s'était passé. Elle aurait donc eu pour effet d'étayer indirectement la crédibilité de l'accusé.

La première de ces affaires est *Lowery v. The Queen*, précitée. La question en litige était de savoir si un des accusés pouvait faire témoigner un psychologue relativement aux personnalités respectives des deux accusés. Or, le témoignage du psychologue donnait à entendre qu'il était plus probable que la victime avait été tuée par le second accusé que par le premier. Cela revenait donc à étayer implicitement la crédibilité de celui-ci. La cour, qui a conclu à l'admissibilité de ce témoignage, s'est fondée sur le fait que le témoignage se rapportait clairement à la question de savoir lequel des deux accusés on pouvait croire. Comme l'a dit la cour, à la p. 101:

The case being put forward by counsel on behalf of King involved posing to the jury the question "which of these two men is the more likely to have killed this girl?" and inviting the jury to come to the conclusion that it was Lowery. If the crime was one which was committed apparently without any kind of motive unless it was for the sensation experienced in the killing then unless both men acted in concert the deed was that of one of them. It would be unjust to prevent either of them from calling any evidence of probative value which could point to the probability that the perpetrator was the one rather than the other.

The subsequent decision of the Court of Appeal in *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70, however, treated *Lowery* as decided on and limited to "its special facts". In *Turner* the accused had killed his lover. His defence was provocation. He testified that when the woman told him that she had slept with other men while he had been in prison, he lost all control. The accused's counsel sought to call a psychiatrist to testify to the general disposition of the accused. This evidence would suggest that the accused was generally quite placid and was driven to a blind rage by the events preceding the killing. By supporting the accused's version of what happened, the psychiatric evidence inferentially bolstered the credibility of the accused. The Court of Appeal held that this evidence must be excluded. The Court's reasoning parallels that of McIntyre J. in dealing with the expert evidence rule. Lawton L.J. states at p. 74:

Jurors do not need psychiatrists to tell them how ordinary folk who are not suffering from any mental illness are likely to react to the stresses and strains of life. It follows that the proposed evidence was not admissible to establish that the appellant was likely to have been provoked. The same reasoning applies to its suggested admissibility on the issue of credibility. The jury had to decide what reliance they could put on the appellant's evidence. He had to be judged as someone who was not mentally disordered. This is what juries are empanelled to do. The law assumes they can perform their duties properly. The jury in this case did not need, and should not have been offered the evidence of a psychiatrist to

[TRADUCTION] La défense avancée par l'avocat de King consistait à poser au jury la question de savoir «lequel de ces deux hommes a plus probablement tué la jeune fille» et à l'inciter à conclure que c'était Lowery. S'il s'agit d'un crime qui a été commis apparemment sans aucun mobile, à moins que ce ne soit pour éprouver la sensation qui accompagnait l'assassinat, alors, à moins que les deux hommes n'aient agi de concert, l'acte n'a été perpétré que par l'un d'eux. Il serait donc injuste d'empêcher l'un ou l'autre de produire tout élément de preuve ayant une valeur probante qui pourrait indiquer la probabilité que l'auteur de l'acte était l'un plutôt que l'autre.

Toutefois, dans l'arrêt subséquent *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70, la Cour d'appel a considéré que l'arrêt *Lowery* avait été tranché en fonction de [TRADUCTION] «ses faits particuliers», de sorte que sa portée se limitait à ces faits-là. Dans l'affaire *Turner*, l'accusé avait tué sa maîtresse. Comme moyen de défense, il a invoqué la provocation. D'après son témoignage, quand la femme lui a dit qu'elle avait couché avec d'autres hommes pendant qu'il était en prison, il a perdu toute maîtrise de lui-même. L'avocat de l'accusé a cherché à citer un psychiatre pour qu'il témoigne sur le tempérament général de l'accusé. Il se serait dégagé de ce témoignage que l'accusé était généralement bien placide et que les événements précédant l'assassinat l'avaient mis en fureur. En appuyant la version des faits présentée par l'accusé, la preuve psychiatrique était implicitement la crédibilité de ce dernier. La Cour d'appel a conclu que cette preuve devait être écartée. Son raisonnement ressemble à celui qu'a adopté le juge McIntyre en traitant de la règle relative à la preuve d'expert. Le lord juge Lawton dit, à la p. 74:

[TRADUCTION] Les jurés n'ont que faire de psychiatres pour leur dire comment des gens ordinaires qui ne souffrent d'aucune maladie mentale réagiront probablement devant les pressions et les tensions de la vie quotidienne. Il s'ensuit que la preuve qu'on a voulu produire n'était pas admissible pour établir que l'appellant avait probablement été provoqué. Le même raisonnement s'applique à l'allégation de son admissibilité sur la question de la crédibilité. Le jury avait à décider dans quelle mesure il pouvait ajouter foi au témoignage de l'appellant. Il fallait le juger comme une personne non atteinte de troubles mentaux. C'est là le rôle d'un jury. La loi présume que les jurés peuvent bien s'acquitter de

help them decide whether the appellant's evidence was truthful.

A recent Australian case has adopted the *Turner* approach. In *R. v. Nelson*, [1982] Qd. R. 636 (Q. Ct. of Crim. App.), the accused was charged with and convicted of throwing acid on his wife. The accused testified that he did not intend to disfigure his wife. He sought to call a doctor to give evidence that the traumas the accused had suffered made it unlikely that he would have had the capacity to form the required intent. The Court held that the evidence was properly excluded. It followed *Turner* in concluding that "to admit the evidence of Dr. Quinn . . . would have amounted to an usurpation of the function of the jury to decide a matter which they were able to judge for themselves" (p. 640).

In my view, polygraph evidence goes directly to the issue of the credibility of the accused. It is evidence of the degree to which his or her physiological reactions conform to those of a person who is telling the truth. Thus, the issue of the admissibility of this evidence is more analogous to the first category of case discussed above rather than to the second category. The second category of case is concerned with evidence going to the likelihood that the accused committed the offence and is only inferentially concerned with the accused's credibility.

The cases on point seem to me, therefore, to support the contention that the Crown will not be allowed to adduce evidence solely to bolster the credibility of its witnesses. This rule could arguably be extended to apply to the accused by analogy to *Turner* and *Nelson*. Although these two cases do not deal with direct evidence as to the credibility of the accused, the conservative conception of the jury's role embodied in them could be seen to support the exclusion of polygraph evidence tendered by the accused. The emphasis in

leurs devoirs. En l'espèce, il n'avait pas besoin du témoignage d'un psychiatre pour l'aider à décider de la véracité du témoignage de l'appelant, et cette aide n'aurait pas dû leur être offerte.

<sup>a</sup> Une décision australienne récente a adopté la solution retenue dans l'arrêt *Turner*. En effet, dans l'affaire *R. v. Nelson*, [1982] Qd. R. 636 (Q. Ct. of Crim. App.), l'accusé a été inculpé et reconnu coupable d'avoir jeté de l'acide sur sa femme. Selon la déposition de l'accusé, son intention n'avait pas été de la défigurer. Il a cherché à citer un médecin pour témoigner que les traumatismes qu'il avait subis rendaient peu probable qu'il ait eu la capacité de former l'intention requise. La cour a conclu que c'est à bon droit que la preuve en question avait été exclue. Se fondant sur l'arrêt *Turner*, elle a conclu que [TRADUCTION] «admettre le témoignage du Dr Quinn [. . .] aurait constitué une usurpation de la fonction qu'avaient les jurés de décider une question qu'ils étaient capables de trancher par eux-mêmes» (p. 640).

<sup>e</sup> À mon avis, la preuve obtenue par détecteurs de mensonges se rapporte directement à la question de la crédibilité de l'accusé. Il s'agit d'une preuve de la mesure dans laquelle ses réactions physiologiques correspondent à celles d'une personne qui dit la vérité. Donc, du point de vue de son admissibilité, cette preuve relève plutôt de la première catégorie de cas examinés ci-dessus que de la seconde. La preuve qui tombe dans cette dernière catégorie se rapporte à la probabilité que l'accusé avait commis l'infraction et ne porte qu'indirectement sur la crédibilité de l'accusé.

<sup>h</sup> La jurisprudence pertinente me semble donc appuyer le point de vue selon lequel le ministère public ne saurait produire des éléments de preuve à la seule fin d'étayer la crédibilité de ses propres témoins. Par analogie avec les arrêts *Turner* et *Nelson*, on pourrait en théorie élargir la portée de cette règle pour qu'elle s'applique également à l'accusé. Bien qu'il ne soit pas question dans ces deux arrêts d'une preuve directe de la crédibilité de l'accusé, la conception traditionnelle du rôle du jury qu'ils véhiculent pourrait être considérée comme appuyant l'exclusion d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges produite par l'accusé. Dans l'affaire *Lowery*, par contre, on a permis à



*Lowery*, on the other hand, in permitting an accused to call all relevant evidence would argue against drawing such an analogy.

With all due respect to those who think otherwise I would not extend the rule in *Kyselka* to the respondents in this case and I take some comfort from *Lowery* and from the minority judgment of this Court in *Phillion*. As in the case of *Lowery* the central issue in this case is who to believe. It was the word of the informer Grenier against the word of the respondents. Because no acts in implementation of the alleged conspiracy had taken place, there was no other evidence implicating the respondents in it. I believe that in these circumstances it would be unjust to prevent the respondents from calling any evidence of probative value indicating that they were telling the truth. This was their defence to the charge. I think they should have been allowed to make it under s. 577(3) of the *Code*.

I believe that the decision of this Court in *Phillion* is clearly distinguishable from the case at bar. *Phillion* had admitted his guilt and did not testify at his trial. This was crucial to the majority decision. Ritchie J., delivering the judgment of the majority, stated at p. 25:

The admission of such evidence would mean that any accused person who had made a confession could elect not to deny its truth under oath and substitute for his own evidence the results produced by a mechanical device in the hands of a skilled operator relying exclusively on its efficacy as a test of veracity.

And later at the same page:

The elementary right of an accused not to give evidence is in no way at issue here, but that right having been exercised, it appears to me to run contrary to the basic rules of evidence to permit the substitution of the opinion of a polygraph technician for the evidence which could have been given by the appellant himself.

He then stated at p. 26 that:

un accusé de présenter toute preuve pertinente, ce qui milite fortement contre une analogie comme celle susmentionnée.

Avec égards pour les tenants du point de vue contraire, je n'étendrais pas la portée de la règle établie dans l'arrêt *Kyselka* aux intimés en l'espèce. Je suis fortifiée dans cette conclusion par l'arrêt *Lowery* et par l'opinion de la minorité en cette Cour dans l'affaire *Phillion*. Comme dans l'arrêt *Lowery*, la question centrale en l'espèce est qui faut-il croire. C'était la parole de l'indicateur Grenier contre celle des intimés. Parce qu'aucun acte n'avait été commis en exécution du prétendu complot, il n'y avait aucun autre élément de preuve impliquant les intimés. J'estime que dans ces circonstances il serait injuste d'empêcher les intimés de présenter tout élément de preuve ayant une valeur probante qui tend à indiquer qu'ils disaient la vérité. C'était là le moyen de défense qu'ils opposaient à l'accusation portée contre eux. Je crois qu'on aurait dû leur permettre de le présenter en vertu du par. 577(3) du *Code*.

À mon avis, l'arrêt *Phillion* de cette Cour est manifestement différent de la présente instance. En effet, *Phillion* avait avoué sa culpabilité et n'avait pas témoigné à son procès. Ces faits revêtaient une importance cruciale dans la décision de la majorité, au nom de laquelle le juge Ritchie dit, à la p. 25:

En jugeant une telle preuve recevable, on permettrait à tout accusé ayant fait des aveux de choisir de ne pas nier sous serment la véracité de ceux-ci et de substituer à son propre témoignage les données fournies par un appareil aux mains d'un expert qui, pour sa part, se fonde uniquement sur le bon fonctionnement dudit appareil pour déterminer la véracité des réponses données.

Il ajoute, toujours à la p. 25:

Le droit élémentaire d'un accusé de ne pas témoigner n'est aucunement en cause en l'espèce, mais puisque ce droit a effectivement été exercé, il serait, à mon avis, contraire aux règles fondamentales de la preuve de permettre la substitution de l'opinion d'un opérateur de détecteurs de mensonges au témoignage que l'appellant aurait pu faire lui-même.

Puis il affirme, à la p. 26:

For these reasons alone I am satisfied that the learned trial judge was correct in excluding the results of the polygraph test.

As has been pointed out by several commentators on *Phillion*, each court which heard the case excluded the polygraph evidence on different grounds. The trial judge held that, if it was admitted, the jury would place too much weight on it. The Court of Appeal found that it was opinion evidence going to the very question before the court and should not be admitted for that reason. And it seems to be implicit in the majority judgment of this Court that the polygraph evidence was inadmissible because it was hearsay. In my opinion the polygrapher's evidence should not be characterized as hearsay. It was not being admitted for the truth of the statement but merely for the limited purpose of forming the basis of the expert's opinion. Evidence has frequently been admitted by this Court for that purpose: see *City of Saint John v. Irving Oil Co.*, [1966] S.C.R. 581; *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263.

While the minority of the Supreme Court of Canada (Laskin C.J. and Spence J.) concurred with the majority in *Phillion* that the polygraph evidence should not be admitted in the circumstances of that case, it expressly left open whether such evidence might not be admissible in "other circumstances". I believe that the case at bar raises such "other circumstances".

It is argued, however, by the Crown that polygraph evidence should not be admitted because it is "not reliable to an acceptable standard". This is, of course, not consistent with the view of the minority of this Court in *Phillion* that there may be circumstances in which it would be appropriate to admit it. It is, in effect, a plea for the acceptance in Canada of the *Frye* test initially applied in the United States (see *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923)) which has since been considerably eroded by the courts of that country.

Pour ces seuls motifs, je suis convaincu que le savant juge de première instance n'a commis aucune erreur en jugeant irrecevables en preuve les données fournies par le détecteur de mensonges.

Comme l'ont fait remarquer plusieurs commentateurs de l'affaire *Phillion*, chaque tribunal qui l'a entendue a invoqué des motifs différents pour écarter la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Le juge du procès a conclu que, si elle était admise, le jury lui donnerait trop de poids. La Cour d'appel a estimé qu'il s'agissait d'une preuve sous forme d'opinion portant sur la question même dont la cour se trouvait saisie et pour cette raison elle ne devrait pas être admise. Par ailleurs, il semble se dégager implicitement de l'opinion de la majorité en cette Cour que la preuve obtenue par détecteurs de mensonges était inadmissible parce qu'elle constituait du ouï-dire. Or, à mon avis, il ne convient pas de classer cette preuve dans la catégorie du ouï-dire. On désirait la produire non pas pour établir la véracité de la déclaration mais simplement dans le but limité de s'en servir comme fondement de l'opinion de l'expert. Cette Cour a souvent admis des éléments de preuve à cette fin: voir *City of Saint John v. Irving Oil Co.*, [1966] R.C.S. 581; *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263.

Dans l'affaire *Phillion*, quoique la minorité en Cour suprême du Canada, formée du juge en chef Laskin et du juge Spence, ait été d'accord avec la majorité qu'il y avait lieu dans les circonstances d'exclure la preuve obtenue par détecteurs de mensonges, elle s'est expressément abstenue de se prononcer sur la question de savoir si une telle preuve ne pourrait pas être admissible dans «d'autres circonstances». Quant à moi, j'estime que de telles «autres circonstances» existent en l'espèce.

Le ministère public fait cependant valoir que la preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne devrait pas être admise parce qu'elle [TRADUCTION] «ne satisfait à aucune norme acceptable de fiabilité». Voilà évidemment qui est incompatible avec ce qu'a dit la minorité en cette Cour dans l'affaire *Phillion*, savoir qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles il conviendrait de l'admettre. Il s'agit en fait d'un plaidoyer en faveur de l'adoption au Canada du critère établi dans l'affaire *Frye*, lequel a été initialement appli-

The “general acceptance” test in *Frye* has now given way in the United States to the “reasonable reliability” test. Mark McCormick in his article “Scientific Evidence: Defining a New Approach to Admissibility” (1982), 67 *Iowa L. Rev.* 879, explains why at p. 904:

The courts that have moved away from *Frye* have obviously done so because of a perception that the standard is too rigid, somewhat unclear, and an unnecessary and undesirable barrier to the admissibility of scientific evidence in some situations. The effect of the departure from *Frye* has been a liberalization in the admission of scientific evidence. A discernible trend toward an expansive admissibility standard plainly exists.

Based on his analysis of the American cases modifying or rejecting *Frye*, McCormick concludes that the traditional test of relevancy and helpfulness provides a means for retaining the values of *Frye* without the cost of its disadvantages.

Having regard to the fact that it is completely open to the opposing party to cross-examine the operator as to the weaknesses inherent in the process and to call an opposing expert to dispute the validity or interpretation of the results, I see no reason to exclude the evidence of the polygraph. It is, moreover, well within the purview of the judge to issue a caution to the jury not to give undue weight to polygraph evidence if he or she considers such a caution warranted.

### Conclusion

The polygraph evidence is clearly relevant. I am not persuaded that it falls within any of the exclusionary rules advanced by the Crown. I believe this case is clearly distinguishable from *Phillion*.

In the ordinary course the foregoing reasons would dictate a dismissal of the Crown’s appeal. However, I do not believe that the Quebec Court

qué aux États-Unis (voir *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923)) et dont la portée a par la suite été considérablement restreinte par les tribunaux de ce pays-là. Le critère de «d’acceptation générale» posé dans l’affaire *Frye* a maintenant cédé le pas aux États-Unis à celui de la «fiabilité raisonnable». Mark McCormick, dans son article «Scientific Evidence: Defining a New Approach to Admissibility» (1982), 67 *Iowa L. Rev.* 879, explique pourquoi, à la p. 904:

[TRADUCTION] Si certains tribunaux se sont éloignés de la décision *Frye*, cela tient évidemment à ce qu’ils ont considéré que la norme est trop rigide et plutôt vague et qu’elle représente dans certaines situations une entrave inutile et indésirable à l’admissibilité de preuves scientifiques. L’abandon de la décision *Frye* s’est traduit par une libéralisation en matière d’admission de preuves scientifiques. En effet, on discerne clairement une tendance vers une norme libérale en matière d’admissibilité.

Se fondant sur son analyse de la jurisprudence américaine modifiant ou rejetant la décision *Frye*, McCormick conclut que les critères traditionnels de la pertinence et de l’utilité fournissent un moyen de conserver ce qu’il y a de positif dans *Frye*, sans qu’on ait à supporter ses inconvénients.

Étant donné que la partie adverse à toute liberté de contre-interroger l’expert en détecteurs de mensonges au sujet des faiblesses inhérentes au procédé et de citer un autre expert pour contester les résultats du test ou l’interprétation donnée à ceux-ci, je ne vois aucune raison d’exclure la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Il est d’ailleurs certainement loisible au juge, s’il estime qu’une telle mise en garde s’impose, d’avertir le jury de ne pas accorder à la preuve obtenue par détecteurs de mensonges un poids indu.

### Conclusion

La pertinence de la preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne fait aucun doute. De plus, je ne suis pas convaincue que l’une quelconque des règles d’exclusion invoquées par la poursuite s’y applique. Selon moi, il est évident que la présente affaire peut être distinguée d’avec l’arrêt *Phillion*.

Normalement, les raisons que je viens d’exposer commanderaient le rejet du pourvoi du ministère public. Je ne crois cependant pas que le par.

of Appeal had jurisdiction under s. 613(2) of the *Criminal Code* to make the order it did. I would, therefore, allow the appeal and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the judgment of my colleague, McIntyre J. and agree with his proposed disposition of this appeal. I prefer, however, to base my decision solely on the following factors identified by him in the latter part of his judgment, namely, human fallibility in assessing the proper weight to be given to evidence cloaked under the mystique of science, and the inadvisability of expending time on collateral issues.

*Appeal allowed, LAMER and WILSON JJ. dissenting on the merits.*

*Solicitors for the appellant: Jean-François Dionne, Québec; François Landry, Joliette.*

*Solicitors for the respondent Béland: Elfassy, Rose & Associés, Montréal.*

613(2) du *Code criminel* autorise la Cour d'appel du Québec à rendre l'ordonnance qu'elle a rendue. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

<sup>a</sup> Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire le jugement de mon collègue le juge McIntyre et je suis d'accord avec la façon dont il propose de trancher le pourvoi. Cependant, je préfère fonder ma décision uniquement sur les facteurs suivants qu'il a identifiés dans la dernière partie de son jugement, savoir la faillibilité humaine dans l'évaluation du poids à donner à la preuve empreinte de la mystique de la science et l'inopportunité de s'attarder à l'examen de questions incidentes.

<sup>b</sup> *Pourvoi accueilli, les juges LAMER et WILSON sont dissidents sur le fond.*

<sup>c</sup> *Procureurs de l'appelante: Jean-François Dionne, Québec; François Landry, Joliette.*

<sup>d</sup> *Procureurs de l'intimé Béland: Elfassy, Rose & Associés, Montréal.*

**Michael G. Tremblay Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. TREMBLAY

File No.: 20022.

1987: April 3; 1987: October 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Impaired driving — Police informing accused of his right to counsel — Accused calling wife and requesting her to contact lawyer — Police demand for a breath sample made immediately after phone call — Whether right to counsel infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Impaired driving — Police informing accused of his right to counsel — Accused calling wife and requesting her to contact lawyer — Police demand for a breath sample made immediately after phone call — Right to counsel infringed — Whether breathalyzer evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter.*

*Evidence — Admissibility — Bringing administration of justice into disrepute — Impaired driving — Police informing accused of his right to counsel — Accused calling wife and requesting her to contact lawyer — Police demand for a breath sample made immediately after phone call — Right to counsel infringed — Whether breathalyzer evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter.*

The accused was charged with driving a motor vehicle while having an excessive blood alcohol level. After his arrest, he was promptly informed of his right to counsel and given an opportunity to make a phone call. He called his wife and asked her to contact a lawyer. Although there was ample time for compliance with the two-hour limit for the taking of breath samples, the accused, at the request of the police, gave his first breath sample immediately after his phone call. At trial,

**Michael G. Tremblay Appellant**

c.

**Sa Majesté La Reine Intimée**

a

RÉPERTORIÉ: R. c. TREMBLAY

N° du greffe: 20022.

1987: 3 avril; 1987: 15 octobre.

b

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 L'ONTARIO

c

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un avocat — Conduite d'un véhicule avec facultés affaiblies — Prévenu informé par la police de son droit à un avocat — Appel téléphonique du prévenu à sa femme pour lui demander de rejoindre un avocat — Échantillon d'haleine demandé par la police immédiatement après l'appel — Y a-t-il eu violation du droit à un avocat? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).*

e

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité d'une preuve — Déconsidérer l'administration de la justice — Conduite d'un véhicule avec facultés affaiblies — Prévenu informé par la police de son droit à un avocat — Appel téléphonique du prévenu à sa femme pour lui demander de rejoindre un avocat — Échantillon d'haleine demandé par la police immédiatement après l'appel — Violation du droit à un avocat — La preuve de l'alcootest doit-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte?*

g

*Preuve — Admissibilité — Déconsidérer l'administration de la justice — Conduite d'un véhicule avec facultés affaiblies — Prévenu informé par la police de son droit à un avocat — Appel téléphonique du prévenu à sa femme pour lui demander de rejoindre un avocat — Échantillon d'haleine demandé par la police immédiatement après l'appel — Violation du droit à un avocat — La preuve de l'alcootest doit-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte?*

i

Le prévenu a été inculpé de conduite d'un véhicule automobile avec un taux d'alcoolémie trop élevé. Après son arrestation, le prévenu a promptement été informé de son droit à un avocat et a pu téléphoner. Il a appelé sa femme et lui a demandé de rejoindre un avocat. Il restait alors amplement de temps pour respecter le délai de deux heures dans lequel les échantillons d'haleine doivent être prélevés, mais le prévenu a fourni son premier échantillon d'haleine, à la demande de la police,

j

the accused was convicted. The trial judge found that there had been no violation of the accused's right to counsel, and that, assuming there had been, the breathalyzer evidence should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The accused's appeal was allowed by the District Court but the judgment was set aside by the Court of Appeal. This appeal is to determine whether the accused's right to counsel under the *Charter* has been violated and, if so, whether the breathalyzer evidence should be excluded under s. 24(2).

*Held:* The appeal should be dismissed.

The accused's right to counsel guaranteed by s. 10(b) of the *Charter* was violated. The police, following the request for counsel, did not afford the accused a reasonable opportunity to contact a lawyer through his wife before calling upon him to give a breath sample. But the breathalyzer evidence should not be excluded under s. 24(2). The police's hastiness to proceed was provoked by the accused's behaviour. Throughout his encounter with the police, the accused was actively obstructing the investigation and it appeared to the police that he was stalling when he was given the phone to contact a lawyer. If an accused is not diligent in the exercise of his rights, the correlative duties imposed on the police in a situation where an accused has requested the assistance of counsel are suspended and are not a bar to their continuing their investigation and calling upon the accused to give a breath sample. While this is not the case here, the accused's conduct was, to some degree, misleading in that regard. The admission of the breathalyzer evidence obtained would not, having regard to all of the circumstances in this case, bring the administration of justice into disrepute.

#### Cases Cited

Referred to: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 10(b), 24(2).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, setting aside a judgment of the District Court (1985), 34 M.V.R. 117, allowing the accused's appeal from his conviction for impaired driving. Appeal dismissed.

immédiatement après l'appel téléphonique. En première instance, le prévenu a été déclaré coupable. Le juge n'a constaté aucune violation du droit à un avocat et a jugé que, même dans le cas contraire, il n'aurait pas écarté la preuve de l'alcootest en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. La Cour de district a accueilli l'appel interjeté par le prévenu, mais la Cour d'appel a infirmé ce jugement. Le pourvoi vise à déterminer s'il y a eu violation du droit du prévenu à un avocat en vertu de la *Charte* et si la preuve que constitue l'alcootest doit être écartée en vertu du par. 24(2).

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Il y a eu violation du droit du prévenu à un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte*. Après que le prévenu eut demandé un avocat, les policiers ne lui ont pas fourni une occasion raisonnable d'en rejoindre un, par l'intermédiaire de sa femme avant d'exiger un échantillon d'haleine. Mais la preuve de l'alcootest ne devrait pas être écartée en vertu du par. 24(2). La précipitation des policiers est due au comportement du prévenu. Pendant tous ses démêlés avec les policiers, le prévenu faisait activement obstruction à l'enquête et il a semblé aux policiers qu'il cherchait à gagner du temps lorsqu'un téléphone a été mis à sa disposition pour lui permettre de communiquer avec un avocat. Si un prévenu ne fait pas preuve de diligence dans l'exercice de ses droits, les obligations corollaires imposées aux policiers, dans un cas où le prévenu a demandé l'assistance d'un avocat, sont suspendues et ne les empêchent pas de poursuivre leur enquête et de lui demander de fournir un échantillon d'haleine. Bien que ce ne soit pas le cas en l'espèce, le comportement du prévenu était, dans une certaine mesure, trompeur à cet égard. Eu égard aux circonstances de l'espèce, l'admission de la preuve obtenue au moyen de l'alcootest n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

#### Jurisprudence

Arrêt mentionné: *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 10b), 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a infirmé un jugement de la Cour de district (1985), 34 M.V.R. 117, qui avait accueilli l'appel du prévenu contre sa déclaration de culpabilité de conduite avec facultés affaiblies. Pourvoi rejeté.

*Terri H. Semanyk*, for the appellant.

*David A. Fairgrieve*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—This appeal comes to us with leave to appellant pursuant to the reversal by the Court of Appeal of Ontario of an acquittal pronounced by a District Court judge sitting in appeal of a Summary Conviction Trial Court. The charge was one of operating a motor vehicle with more than 80 mg of alcohol in the blood.

Throughout, there were two issues, that is, whether the accused's right to counsel under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated and, if so, whether, as a result, the breathalyzer evidence obtained under the particular circumstances of this case was to be excluded under s. 24(2).

Both the trial and District Court judges made a thorough exposition of their views on the law and raised and disposed of important issues relating to the nature of the right to counsel granted under the *Charter*, the duties of the police in that regard, and whether the detainee's conduct constituted a waiver of his right to counsel before being called upon "to blow". The trial judge found that there was no violation of the accused's right under s. 10(b). Though this finding put an end to the matter in his court, he nevertheless addressed the s. 24(2) issue and found that under the circumstances he would not in any event have excluded the evidence.

The District Court judge disagreed on both issues and entered an acquittal: (1985), 34 M.V.R. 117.

The Court of Appeal reviewed this acquittal by an endorsement on record, as follows:

We are all of the opinion that this appeal must succeed. We think the Judge on Appeal was wrong in holding that the Respondent had been denied his rights under sec. 10(B) of the Charter. The Order on Appeal is set aside and the conviction at trial restored.

*Terri H. Semanyk*, pour l'appelant.

*David A. Fairgrieve*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu  
a par

LE JUGE LAMER—La Cour est saisie d'un pourvoi sur autorisation attaquant un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui infirme un acquittement prononcé par un juge de la Cour de district, en appel d'un jugement de la Cour des déclarations sommaires de culpabilité. Le prévenu a été inculpé de conduite d'un véhicule automobile avec un taux d'alcoolémie dépassant 80 mg.

À chaque étape des procédures, deux points ont été en litige: y a-t-il eu violation du droit du prévenu à un avocat, comme le garantit la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, la preuve que constitue l'alcootest, eu égard aux circonstances particulières de l'affaire, doit-elle être écartée en vertu du par. 24(2)?

Tant le juge de première instance que celui de la Cour de district ont exposé de façon exhaustive leurs points de vue sur le droit; ils ont soulevé et résolu d'importantes questions sur la nature du droit à un avocat en vertu de la *Charte*, sur les obligations de la police à cet égard et sur une éventuelle renonciation, implicite dans le comportement du détenu, à son droit de consulter un avocat avant d'être invité à «souffler dans le ballon». Le juge de première instance n'a constaté aucune violation du droit conféré au prévenu par l'al. 10(b). Quoique cette conclusion mit fin à l'affaire devant lui, il a néanmoins statué sur la question du par. 24(2) et a conclu que, dans les circonstances, il n'aurait de toute façon pas écarté cette preuve.

Le juge de la Cour de district s'est dit en désaccord sur les deux points et a prononcé un acquittement: (1985), 34 M.V.R. 117.

La Cour d'appel a statué sur cet acquittement en inscrivant à l'endos du dossier la note suivante:

[TRADUCTION] Nous sommes tous d'avis que l'appel doit être accueilli. Nous pensons que le premier juge d'appel a eu tort de juger que l'intimé s'était vu refuser les droits que lui confère l'al. 10b) de la Charte. L'ordonnance dont appel est interjeté est annulée et la déclaration de culpabilité de première instance rétablie.

As may be noted the Court of Appeal did not adopt the reasoning of the trial judge nor are we told in what way, in their view, the District Court judge erred. Of course they needed not address the s. 24(2) issue and did not. Given the fact that this appeal should in my view fail on the second issue and the paucity of reasons of the Court of Appeal, I think it is sufficient and probably prudent to just say that, as regards a violation of the appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter*, I am in substantial agreement with the reasons given by the District Court judge and would restore his finding that the appellant's rights were violated. However, I must agree with the trial judge's conclusion that under the particular circumstances of this case, the evidence should not be excluded.

In this case the accused was promptly informed of his right to counsel, asked for a lawyer, was given a phone and placed a call to his wife. It appears, though the evidence on this point is not all that clear, that she was to call a lawyer for him. Right after that call, the police officers requested that the accused give his first sample of breath, a request he complied with. When that request was made, there remained ample time to comply with the requirements set down in the *Criminal Code* as regards the time limits for the taking of breath samples; there was thus no urgency to proceed, and to do so right after his first call was what, in my opinion, triggered the violation of this accused's rights.

From the moment the accused was intercepted on the road to the moment he was asked to give the first sample of his breath his behaviour was violent, vulgar, and obnoxious. A reading of the record and the findings of fact below satisfy me that, while the police, following the request for counsel, did not, as they must, afford the accused a reasonable opportunity to contact a lawyer through his wife before calling upon him to give a breath sample, their haste in the matter was provoked by the accused's behaviour. Indeed, throughout this encounter with the police, the

Comme on peut le constater, la Cour d'appel n'a pas adopté le raisonnement du juge de première instance ni n'a indiqué en quoi, à son avis, le juge de la Cour de district avait eu tort. Bien entendu, elle n'avait pas à examiner la question du par. 24(2), aussi ne l'a-t-elle pas fait. Étant donné qu'à mon avis le pourvoi doit être rejeté sur le second moyen et vu le laconisme des motifs de la Cour d'appel, je pense qu'il est suffisant et probablement prudent de se contenter de dire que, pour ce qui est de la violation des droits conférés à l'appellant par l'al. 10b) de la *Charte*, je souscris, pour l'essentiel, aux motifs du juge de la Cour de district et que je suis d'avis de rétablir sa décision constatant une violation des droits de l'appellant. Néanmoins, je suis d'accord avec le juge de première instance pour conclure que, dans les circonstances particulières de l'affaire, cette preuve ne devrait pas être écartée.

En l'espèce, le prévenu, promptement informé de son droit à un avocat, en a demandé un, a pu utiliser un téléphone et a appelé sa femme. Il semble, quoique la preuve sur ce point soit quelque peu obscure, qu'elle devait téléphoner à un avocat pour lui. Immédiatement après l'appel téléphonique, les agents de police ont demandé au prévenu de fournir un premier échantillon d'haleine et il a obtempéré. Lorsque cette demande a été faite, il restait amplement de temps pour respecter les exigences du *Code criminel* relatives aux délais dans lesquels les échantillons d'haleine doivent être prélevés; il n'y avait aucune urgence et le fait d'avoir agi ainsi, immédiatement après le premier appel, a provoqué, à mon avis, la violation des droits de ce prévenu.

Du moment où le prévenu a été interpellé sur la route, jusqu'à ce qu'on lui demande de fournir un premier échantillon d'haleine, il s'est comporté de façon violente, vulgaire et odieuse. La lecture du dossier et les constatations de fait des tribunaux d'instance inférieure m'ont convaincu que si les policiers, après que le prévenu eut demandé à communiquer avec un avocat, ne lui ont pas, comme ils l'auraient dû, fourni une occasion raisonnable d'en rejoindre un par l'intermédiaire de sa femme avant d'exiger qu'il fournisse un échantillon d'haleine, leur précipitation était due à son



accused, as was found by the trial judge as a matter of fact, "was deliberately attempting to make the investigation difficult" and "was actively obstructing it". As testified to by a police officer, it appeared to the police that the accused was stalling when he was given the phone to contact a lawyer.

Generally speaking, if a detainee is not being reasonably diligent in the exercise of his rights, the correlative duties set out in this Court's decision in *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, imposed on the police in a situation where a detainee has requested the assistance of counsel are suspended and are not a bar to their continuing their investigation and calling upon him to give a sample of his breath. While this is not the case here, the accused's conduct was, to some degree, misleading in that regard. While the police's hastiness does not change the fact that the detainee's right to counsel was violated, the reasons therefor make it understandable and are relevant when one addresses the s. 24(2) issue. In my view the admission of the evidence obtained would not, having regard to all of the circumstances, bring the administration of justice into disrepute.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Shanbaum, Semanyk & Story, Ottawa.*

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

comportement. D'ailleurs, pendant tous ses démêlés avec les policiers, le prévenu, selon ce qu'a constaté le juge de première instance, [TRADUCTION] «tentait délibérément de rendre l'enquête difficile» et «y faisait activement obstruction». D'après le témoignage d'un agent de police, le prévenu leur a semblé vouloir gagner du temps lorsqu'un téléphone a été mis à sa disposition pour lui permettre de communiquer avec un avocat.

En règle générale, si un détenu ne fait pas preuve d'une diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits, les obligations corollaires énoncées dans l'arrêt de cette Cour, *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, qui sont imposées aux policiers dans le cas où le détenu a demandé l'assistance d'un avocat, sont suspendues et ne les empêchent pas de poursuivre leur enquête et de lui demander de donner un échantillon d'haleine. Bien que ce ne soit pas le cas en l'espèce, le comportement du prévenu était, dans une certaine mesure, trompeur à cet égard. Quoique la précipitation des policiers ne change rien au fait que le droit du détenu à un avocat a été enfreint, les raisons de cette violation l'expliquent et sont pertinentes lorsqu'on examine la question de l'application du par. 24(2). À mon avis, eu égard aux circonstances, l'admission de la preuve obtenue n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant: Shanbaum, Semanyk & Story, Ottawa.*

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

**Eric Langille and Paul Langille** *Appellants*

v.

**Keneric Tractor Sales Limited** *Respondent*INDEXED AS: KENERIC TRACTOR SALES LTD. v.  
LANGILLE

File No.: 19450.

1987: May 13; 1987: October 15.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Wilson and  
La Forest JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NOVA SCOTIA

*Contracts — Damages — Chattel lease — Breach by lessee — Proper method of determining damages — Whether general principles of assessment of damages for breach of contract applicable or whether lessor's remedies limited to proceeds of resale plus rental payments due at time of seizure.*

*Leases — Chattel lease — Breach by lessee — Proper method of determining damages — Whether general principles of assessment of damages for breach of contract applicable or whether lessor's remedies limited to proceeds of resale plus rental payments due at time of seizure.*

Respondent leased farm equipment to appellants on a hire-purchase basis and then assigned the leases in order to finance the purchase of the equipment from the manufacturer. Respondent guaranteed appellants' performance under the leasing agreements and agreed to act as manufacturer's agent for the recovery of amounts due under them. The appellants defaulted under the leases and respondent seized the equipment. After due notice, respondent sold the seized equipment and commenced this action claiming damages resulting from breach of the leases. The trial judge found appellants to be in breach of their leasing agreements, assessed damages using a formula that gave effect to the general principles of assessment of damages for breach of contract, and found that respondent had taken reasonable steps to mitigate damages. The Court of Appeal upheld that decision but was divided as to the proper method of assessing damages. The principal issue here is how damages are to be calculated for breach of a chattel lease.

**Eric Langille et Paul Langille** *Appellants*

c.

**a Keneric Tractor Sales Limited** *Intimée*RÉPERTORIÉ: KENERIC TRACTOR SALES LTD. c.  
LANGILLE

N° du greffe: 19450.

b 1987: 13 mai; 1987: 15 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,  
McIntyre, Wilson et La Forest.c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
NOUVELLE-ÉCOSSE

*Contrats — Dommages-intérêts — Location de biens meubles — Violation des contrats de location par le locataire — Méthode appropriée pour déterminer les dommages-intérêts — Les principes généraux d'évaluation des dommages-intérêts pour la violation d'un contrat s'appliquent-ils ou le recours du bailleur est-il limité au produit de la revente plus les paiements de location dus au moment de la saisie?*

*e Baux — Location de biens meubles — Violation des contrats de location par le locataire — Méthode appropriée pour déterminer les dommages-intérêts — Les principes généraux d'évaluation des dommages-intérêts pour la violation d'un contrat s'appliquent-ils ou le recours du bailleur est-il limité au produit de la revente plus les paiements de location dus au moment de la saisie?*

L'intimée a loué du matériel agricole aux appellants par crédit-bail et ensuite a cédé les contrats de location pour financer l'achat du matériel du fabricant. L'intimée a garanti l'exécution des accords de crédit-bail par les appellants et a convenu d'agir à titre de mandataire du fabricant pour recouvrer les montants ainsi dus. Les appellants n'ont pas respecté les modalités des contrats de location et l'intimée a saisi le matériel. Après un avis raisonnable, l'intimée a vendu le matériel saisi et a engagé la présente action réclamant des dommages-intérêts pour la violation des contrats de location. Le juge de première instance a conclu que les appellants n'avaient pas respectés les modalités des contrats de location, a évalué les dommages-intérêts en utilisant une formule qui appliquait les principes généraux d'évaluation des dommages-intérêts pour la violation d'un contrat et a jugé que l'intimée avait pris les mesures raisonnables pour limiter ses dommages. La Cour d'appel a confirmé cette décision mais était divisée sur la méthode appropriée du calcul des dommages-intérêts. La question principale en l'espèce porte sur le calcul des dommages-intérêts dans le cas de la violation des contrats de location de biens meubles.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The damages flowing from breach of a chattel lease should be calculated in accordance with general contract principles in the same way as damages flowing from breach of a land lease. It made no sense to view the lease as "simply a conveyance and not a contract" and this anomaly could only be corrected by assessing damages on general contract principles. Practicality supported this approach as well since it avoided the potential for multiplicity of actions inherent in the old approach. The need for consistency within the law also militated in favour of this change. There is no essential difference material to the ascertainment of damages on breach between a lease of land and a lease of chattels. They are both contracts.

The assessment of damages in a case of termination based on breach of a term of the contract should not be any different from the assessment of damages in a case of termination based on repudiation. The breach and the repudiation are merely subdivisions within a general category of conduct, i.e., conduct which gives the innocent party the right to treat the contract as terminated. General contract principles should be applied in both instances.

Appellants' default constituted a breach of lease that gave respondent the right to terminate. Respondent accepted the breach and terminated the leases. It was not necessary to determine whether appellants also repudiated the leases for such a finding would make no difference to the assessment of damages. The contract is not rescinded in the true legal sense, i.e., in the sense of being voided *ab initio* by some vitiating element. The parties are discharged of their prospective obligations under the contract as from the date of termination but the prospective obligations embodied in the contract are relevant to the assessment of damages.

The general rule for the assessment of damages for breach of contract is that the award should put the plaintiff in the position he would have been in had the defendant fully performed his contractual obligations. This principle is qualified by the doctrine of remoteness and by the injured party's duty to mitigate its damages.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Les dommages-intérêts qui découlent de la violation d'un contrat de location de biens meubles devraient être calculés conformément aux principes généraux régissant les contrats comme le sont les dommages découlant de la violation d'un bail foncier. Il n'est pas logique de considérer qu'un bail «n'est qu'un transfert de droit sur un fonds et n'est pas aussi un contrat» et cette irrégularité ne peut être corrigée qu'en évaluant des dommages-intérêts d'après les principes généraux des contrats. Cette façon de procéder s'appuie également sur le caractère pratique étant donné qu'elle écarte la possibilité de recourir à un grand nombre d'actions inhérentes à l'ancienne façon de procéder. Le besoin d'uniformisation du droit appuie également cette modification. Il n'y a aucune différence essentielle en ce qui a trait à l'évaluation de dommages-intérêts entre le cas de la violation d'un bail foncier et celui de la violation d'un contrat de location de biens meubles. Il s'agit de deux contrats.

L'évaluation des dommages-intérêts dans une affaire de résiliation fondée sur la violation d'une modalité du contrat ne devrait pas être différente de l'évaluation des dommages-intérêts dans une affaire de résiliation fondée sur la répudiation. La violation et la répudiation sont simplement des subdivisions d'une catégorie générale de conduite, c'est-à-dire une conduite qui donne à la partie innocente le droit de considérer le contrat comme ayant pris fin. Les principes généraux en matière de contrats devraient être appliqués dans les deux cas.

Le défaut des appelants constituait une violation des contrats de location qui donnait à l'intimée le droit d'y mettre fin. L'intimée a accepté la violation et y a mis fin. Il n'était pas nécessaire de déterminer si les appelants avaient également répudié les contrats car une telle conclusion n'est pas nécessaire pour évaluer les dommages-intérêts. Le contrat n'est pas annulé au sens juridique véritable, c'est-à-dire en ce sens que la présence d'un certain élément a pour effet de le rendre nul au départ. Les parties sont libérées de leurs obligations futures aux termes du contrat à compter de la date où celui-ci est résilié, mais les obligations futures incorporées dans le contrat sont pertinentes pour l'évaluation des dommages-intérêts.

La règle générale en matière d'évaluation des dommages-intérêts pour la violation d'un contrat porte que le montant accordé devrait placer le demandeur dans la situation où il aurait été si le défendeur avait exécuté complètement ses obligations contractuelles. Ce principe est nuancé par la doctrine relative au lien de

Here, appellants were aware that they were buying equipment from respondent which was purchasing the equipment from Allis-Chalmers using the appellants' rental payments under the leases as security for the purchase price. They knew or ought reasonably to have known that the measure of damages which would be suffered by respondent on their breach of the leases would be the measure of the liability of respondent to Allis-Chalmers.

The defendant has the burden of proving that plaintiff did not take reasonable steps to mitigate its damages. The appellants (defendants) did not discharge that burden here. In the absence of evidence concerning the economics of reletting, it was impossible to say whether reletting would have been preferable to resale or not.

#### Cases Cited

**Applied:** *Highway Properties Ltd. v. Kelly, Douglas and Co.*, [1971] S.C.R. 562, 17 D.L.R. (3d) 710; **distinguished:** *Canadian Acceptance Corp. v. Regent Park Butcher Shop Ltd.* (1969), 3 D.L.R. (3d) 304; **referred to:** *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industry Ltd.*, [1949] 2 K.B. 528, [1949] 1 All E.R. 997; *Humphrey Motors Ltd. v. Ells*, [1935] S.C.R. 249; *Financings, Ltd. v. Baldock*, [1963] 1 All E.R. 443; *Buchanan v. Byrnes* (1906), 3 C.L.R. 704; *Hughes v. N.L.S. Pty. Ltd.*, [1966] W.A.R. 100; *Pigott Construction Co. v. W. J. Crowe Ltd.* (1961), 27 D.L.R. (2d) 258; *Alkok v. Grymek*, [1968] S.C.R. 452; *Hongkong Fir Shipping Co. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 26; *Cehave N.V. v. Bremer Handelsgesellschaft m.b.H., the "Hansa Nord"*, [1976] Q.B. 44; *Johnson v. Agnew*, [1980] A.C. 367, [1979] 1 All E.R. 883; *Moschi v. Lep Air Services Ltd.*, [1973] A.C. 331, [1972] 2 All E.R. 393; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324.

#### Statutes and Regulations Cited

*Conditional Sales Act*, R.S.N.S. 1967, c. 48, s. 1(b)(ii).

#### Authors Cited

Anson, Sir W. R. *Anson's Law of Contract*, 26th ed. By A. G. Guest. Oxford: Clarendon Press, 1984.  
Cheshire, G. C., C. H. S. Fifoot and M. P. Furmston. *Law of Contract*, 11th ed. 1986.  
*Halsbury's Laws of England*, vol. 12, 4th ed. London: Butterworths, 1975.

causalité et par le devoir de la partie lésée de limiter ses dommages. En l'espèce, les appelants savaient qu'ils achetaient du matériel de l'intimée qui l'achetait de Allis-Chalmers en utilisant, comme garantie du prix d'achat, les paiements effectués par les appelants conformément aux contrats de location. Ils savaient ou auraient dû raisonnablement savoir que le montant des dommages subis par l'intimée s'ils ne respectaient pas les contrats de location serait le montant de l'obligation de l'intimée envers Allis-Chalmers.

Le défendeur a le fardeau de démontrer que le demandeur n'a pas pris de mesure raisonnable pour limiter ses dommages. Les appelants (défendeurs) ne se sont pas déchargés de ce fardeau en l'espèce. En l'absence d'éléments de preuve sur la rentabilité d'une nouvelle location, il était impossible de dire si elle aurait été préférable à la revente.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *Highway Properties Ltd. c. Kelly, Douglas and Co.*, [1971] R.C.S. 562, 17 D.L.R. (3d) 710; **distinction d'avec l'arrêt:** *Canadian Acceptance Corp. v. Regent Park Butcher Shop Ltd.* (1969), 3 D.L.R. (3d) 304; **arrêts mentionnés:** *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industry Ltd.*, [1949] 2 K.B. 528, [1949] 1 All E.R. 997; *Humphrey Motors Ltd. v. Ells*, [1935] R.C.S. 249; *Financings, Ltd. v. Baldock*, [1963] 1 All E.R. 443; *Buchanan v. Byrnes* (1906), 3 C.L.R. 704; *Hughes v. N.L.S. Pty. Ltd.*, [1966] W.A.R. 100; *Pigott Construction Co. v. W. J. Crowe Ltd.* (1961), 27 D.L.R. (2d) 258; *Alkok v. Grymek*, [1968] R.C.S. 452; *Hongkong Fir Shipping Co. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 26; *Cehave N.V. v. Bremer Handelsgesellschaft m.b.H., the "Hansa Nord"*, [1976] Q.B. 44; *Johnson v. Agnew*, [1980] A.C. 367, [1979] 1 All E.R. 883; *Moschi v. Lep Air Services Ltd.*, [1973] A.C. 331, [1972] 2 All E.R. 393; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324.

#### Lois et règlements cités

*Conditional Sales Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 48, art. 1b)(ii).

#### Doctrine citée

Anson, Sir W. R. *Anson's Law of Contract*, 26th ed. By A. G. Guest. Oxford: Clarendon Press, 1984.  
Cheshire, G. C., C. H. S. Fifoot and M. P. Furmston. *Law of Contract*, 11th ed. 1986.  
*Halsbury's Laws of England*, vol. 12, 4th ed. London: Butterworths, 1975.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1985), 67 N.S.R. (2d) 404, 155 A.P.R. 404, 19 D.L.R. (4th) 652, dismissing an appeal from a judgment of Glube J. Appeal dismissed.

*R. A. Cluney, Q.C., and M. E. Reid*, for the appellants.

*R. Malcolm MacLeod and R. M. Purdy*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The issue in this appeal is how damages are to be calculated for breach of a lease of chattels. Central to this issue is whether the reasoning of this Court in *Highway Properties Ltd. v. Kelly, Douglas and Co.*, [1971] S.C.R. 562, 17 D.L.R. (3d) 710, a case dealing with the method of calculation of damages for breach of a lease of land, should be extended to cover leases of chattels.

### 1. The Facts

The appellants, Eric and Paul Langille are farmers. During the summers of 1981 and 1982 the respondent Keneric Tractor Sales Limited (“Keneric”) leased ten pieces of farm equipment to the Langilles. The 1981 leases called for ten semi-annual payments over a five-year period. The sum of these semi-annual payments was equal to 120% of the original purchase price. A separate agreement gave the Langilles an option to purchase the equipment for 25% of the original purchase price. The option was exercisable at the end of the five-year period. If the option was not exercised the equipment would revert back to Keneric. The 1982 leases were structured the same way but the semi-annual payments were higher and the option to purchase was set at 30% of the original purchase price.

Keneric had bought the farm equipment in question from Allis-Chalmers Canada Inc., the manufacturer. In order to finance the purchases

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (1985), 67 N.S.R. (2d) 404, 155 A.P.R. 404, 19 D.L.R. (4th) 652, qui a rejeté un appel contre un jugement du juge Glube. Pourvoi rejeté.

*R. A. Cluney, c.r., et M. E. Reid*, pour les appellants.

*R. Malcolm MacLeod et R. M. Purdy*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir de quelle manière doivent être calculés les dommages-intérêts relatifs à la violation d’un contrat de location de biens meubles. Cette question porte principalement sur le fait de savoir si le raisonnement de cette Cour dans l’arrêt *Highway Properties Ltd. c. Kelly, Douglas and Co.*, [1971] R.C.S. 562, 17 D.L.R. (3d) 710, une affaire portant sur la méthode de calcul des dommages-intérêts pour la violation d’un bail foncier, devrait s’appliquer aux contrats de location de biens meubles.

### 1. Les faits

Les appelants, Eric et Paul Langille sont cultivateurs. Au cours des étés 1981 et 1982, l’intimée Keneric Tractor Sales Limited («Keneric») a loué dix machines agricoles aux Langille. Les contrats de location de 1981 prévoyaient dix paiements semestriels échelonnés sur une période de cinq ans. La somme de ces paiements semestriels correspondait à 120 pour 100 du prix d’achat original. En vertu d’une entente distincte, les Langille ont obtenu l’option d’acheter le matériel pour 25 pour 100 du prix d’achat original. L’option pouvait être exercée à la fin de la période de cinq ans. Si l’option n’était pas exercée, Keneric reprendrait possession du matériel. Les contrats de location de 1982 étaient rédigés de la même manière, mais les paiements semestriels étaient plus élevés et l’option d’achat avait été fixée à 30 pour 100 du prix d’achat original.

Keneric avait acheté les machines agricoles en question du fabricant Allis-Chalmers Canada Inc. Afin de financer les achats, les contrats de location

the leases taken from the Langilles were assigned to Allis-Chalmers Credit Corporation of Canada, Ltd. Keneric guaranteed the Langilles' performance under the leasing agreements and agreed to act as agent for the recovery of amounts due to Allis-Chalmers Credit Corporation.

In March 1983 the Langilles advised Keneric that they would have trouble making the lease payments. Negotiations failed to resolve the problem. The Langilles defaulted under the leases and Keneric seized the equipment. After due notice Keneric sold the seized equipment. Keneric then commenced the present action claiming damages resulting from breach of the leases.

## 2. The Courts Below

On September 4, 1984 Justice Glube, Chief Justice of the Nova Scotia Supreme Court (Trial Division), found the Langilles to be in breach of their leasing agreements (unreported judgment). She assessed the damages for breach of lease at \$132,272.90 plus pre-judgment interest. The way in which she arrived at this figure is well summarized by Hart J.A. writing for the majority of the Court of Appeal (1985), 67 N.S.R. (2d) 404, 155 A.P.R. 404, at p. 407:

... [Keneric] chose to seek only the amount for which it would be liable to the financing agent, Allis-Chalmers Credit Corporation of Canada Ltd., to whom the leases had been assigned. Under the arrangements between the respondent and Allis-Chalmers the respondent was ultimately responsible to pay to them the amounts due under the leases in the event of default.

The evidence revealed that the amount due by the respondent to Allis-Chalmers under each lease was calculated by taking the original purchase price and deducting therefrom the first year's rental payment, which had been made in advance, and then adding the margin based upon the rate of 20%. From this figure was subtracted all moneys received from the sale of repossessed equipment, less the costs of repossession, repair and reselling of the equipment. The difference between the amount due to Allis-Chalmers and the

conclus avec les Langille ont été cédés à Allis-Chalmers Credit Corporation of Canada, Ltd. Keneric a garanti l'exécution par les Langille selon les termes de l'accord de crédit-bail et a convenu d'agir à titre de mandataire pour recouvrer les montants dus à Allis-Chalmers Credit Corporation.

En mars 1983, les Langille ont fait savoir à Keneric qu'ils auraient de la difficulté à faire les paiements de la location. Des négociations n'ont pas permis de résoudre le problème. Les Langille n'ont pas respecté les modalités des contrats de location et Keneric a saisi le matériel. Après avoir donné un avis raisonnable, Keneric a vendu le matériel saisi. Keneric a alors engagé la présente action en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour la rupture des contrats de location.

## <sup>d</sup> 2. Les tribunaux d'instance inférieure

Le 4 septembre 1984, le juge en chef Glube de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Division de première instance) a conclu que les Langille n'avaient pas respecté leurs contrats de location (jugement inédit). Elle a évalué les dommages-intérêts pour la violation des contrats de location à 132 272,90 \$, plus les intérêts avant jugement. Le juge Hart, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel à la majorité (1985), 67 N.S.R. (2d) 404, 155 A.P.R. 404, à la p. 407, a bien résumé la manière dont le juge Glube est parvenue à ce chiffre:

[TRADUCTION] ... [Keneric] a choisi de réclamer seulement le montant dont elle serait tenue envers le bailleur de fonds, Allis-Chalmers Credit Corporation of Canada Ltd., à qui les contrats de location avaient été cédés. En vertu des ententes conclues entre l'intimée et Allis-Chalmers, l'intimée était en dernière analyse responsable du paiement des montants dus aux termes des contrats de location en cas de défaut.

La preuve a révélé que le montant dû par l'intimée à Allis-Chalmers aux termes de chaque contrat de location était calculé en prenant le prix d'achat original et en en déduisant le paiement de la location de la première année qui avait été fait d'avance et en ajoutant ensuite la différence fondée sur le taux de 20 pour 100. De ce montant on soustrayait toutes les sommes d'argent tirées de la vente du matériel repris, moins les coûts de reprise de possession, de réparation et de revente du matériel. La différence entre le montant dû à Allis-Chalmers et le

amount recovered from the equipment then became the deficiency for which the respondent was responsible.

Glube J. concluded that this formula gave effect to the general principles of assessment of damages for breach of contract. It corresponded to what "a person could anticipate arising naturally from the breach or which might reasonably have been in the contemplation of both parties at the time the contract was made". In other words she adopted the principles set forth in *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, and *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industry Ltd.*, [1949] 2 K.B. 528, [1949] 1 All E.R. 997 (C.A.) Further, she held that by reselling the seized equipment Keneric had taken reasonable steps to mitigate its damages.

On May 16, 1985 the Nova Scotia Court of Appeal (Jones J.A. dissenting) upheld the decision of Glube J. The only issue on the appeal was the proper method of assessing damages. Hart J.A., writing for the majority, noted that in *Canadian Acceptance Corp. v. Regent Park Butcher Shop Ltd.* (1969), 3 D.L.R. (3d) 304 (Man. C.A.), it was held that, in the case of a lease of chattels where the lessee defaults and the lessor repossesses and resells the items, the lessor is limited in his remedies to the proceeds of resale plus the rental payments due at the time of seizure. Thus, if *Regent Park* were to be followed in this case, the Langilles would win their appeal.

Hart J.A. suggested, however, that *Regent Park* had been overtaken by the decision of this Court in *Highway Properties Ltd. v. Kelly, Douglas and Co.*, *supra*. In that case the Court held that damages for breach of a covenant in a lease of land are to be measured according to general principles of contract law. Since there is no reason why a lessee of chattels should be in a stronger position than a lessee of land, Hart J.A. concluded that the principle in *Highway Properties* should be extended to chattel lease cases.

montant recouvré par la vente du matériel devenait alors la perte dont l'intimée était responsable.

Le juge Glube a conclu que cette formule constituait une application des principes généraux d'évaluation des dommages-intérêts pour la violation d'un contrat. Ils correspondaient à ce qu'[TRADUCTION] «une personne pourrait s'attendre à recevoir naturellement en raison de la violation ou à ce que les deux parties auraient pu raisonnablement envisager au moment de la signature du contrat». En d'autres termes, elle a adopté les principes énoncés dans les arrêts *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, et *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industry Ltd.*, [1949] 2 K.B. 528, [1949] 1 All E.R. 997 (C.A.) En outre, elle a conclu qu'en revendant le matériel saisi, Keneric avait pris des mesures raisonnables pour minimiser ses dommages.

Le 16 mai 1985, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge Jones étant dissident) a confirmé la décision du juge Glube. La seule question en appel était celle qui portait sur la méthode appropriée de calcul des dommages-intérêts. Le juge Hart, qui a rédigé les motifs de la majorité, a fait remarquer que dans l'arrêt *Canadian Acceptance Corp. v. Regent Park Butcher Shop Ltd.* (1969), 3 D.L.R. (3d) 304 (C.A. Man.), on a statué que, dans le cas de la location de biens meubles lorsque le locataire fait défaut et que le bailleur reprend possession des biens et les revend, celui-ci a un recours limité au produit de la revente plus les paiements de location dus au moment de la saisie. Par conséquent, si l'on devait suivre l'arrêt *Regent Park* en l'espèce, les Langille auraient gain de cause.

Toutefois, le juge Hart a laissé entendre que l'arrêt *Regent Park* avait été dépassé par l'arrêt de cette Cour *Highway Properties Ltd. c. Kelly, Douglas and Co.*, précité. Dans cet arrêt, la Cour a statué que les dommages-intérêts pour la violation d'un engagement dans le bail foncier doivent être mesurés selon les principes généraux du droit des contrats. Étant donné qu'il n'y a aucune raison pour laquelle le locataire de biens meubles devrait être dans une position plus forte que le locataire d'un bien-fonds, le juge Hart a conclu que le principe énoncé dans l'arrêt *Highway Properties* devrait être appliqué dans les affaires portant sur la location de biens meubles.

Hart J.A. went on to distinguish pure lease situations from security lease situations. If a lease is a pure lease, he stated, with neither an option to purchase nor a nominal renewal provision, then the *Regent Park* formula may accord with normal contractual damages principles. In a case such as the present, however, where the lease was being used as a "method of financing the purchase of the chattel", the appropriate contractual measure of damages will generally equal the value of the purchase price less the amount received upon resale. On this basis Hart J.A. affirmed the decision at trial.

Jones J.A. (dissenting) agreed that the assessment of the damages suffered by Keneric should be governed by general contract principles but he reached this conclusion by a more circuitous route. He began by noting that the leases in question constituted conditional sales under the *Conditional Sales Act*, R.S.N.S. 1967, c. 48. Clause 1(b)(ii) of that Act provides:

1. In this Act,

(b) "conditional sale" means

(ii) any contract for the hiring of goods by which it is agreed that the hirer shall become, or have the option of becoming, the owner of the goods upon full compliance with the terms of the contract;

The leases coupled with options, he found, fell within the terms of this statute.

The *Conditional Sales Act*, however, proved to be something of a blind alley for Jones J.A. as that Act is largely concerned with the imposition of notice requirements in order to protect third parties. It serves to regulate the exercise of remedial rights created elsewhere. Jones J.A. therefore turned to *Humphrey Motors Ltd. v. Ells*, [1935] S.C.R. 249, a case in which the method of assessing damages under a conditional sales agreement governed by similar legislation was discussed by

Le juge Hart a ensuite établi une distinction entre les situations purement locatives et les situations de location à titre de garantie. Si un bail est purement locatif, a-t-il déclaré, sans option d'achat ni disposition prévoyant un renouvellement symbolique, alors la formule adoptée dans l'arrêt *Regent Park* peut s'accorder avec les principes normaux des dommages-intérêts en matière contractuelle. Toutefois, dans un cas comme la présente affaire, où le contrat de location a servi de [TRADUCTION] «méthode de financement de l'achat des biens meubles», la méthode contractuelle appropriée de calcul des dommages-intérêts correspondra généralement à la valeur du prix d'achat moins le montant touché à la revente. Pour ce motif, le juge Hart a confirmé la décision rendue en première instance.

Le juge Jones (dissident) a convenu que l'évaluation des dommages subis par Keneric devrait être régie par les principes généraux applicables en matière de contrats, mais il est arrivé à cette conclusion de façon plus détournée. Il a commencé par souligner que les contrats de location en question constituaient des ventes conditionnelles aux termes de la *Conditional Sales Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 48. Le sous-alinéa 1b)(ii) de cette loi prévoit:

[TRADUCTION] 1. Dans la présente loi,

b) «vente conditionnelle» s'entend

(ii) de tout contrat de location de biens en vertu duquel il est convenu que le locataire deviendra ou aura la faculté de devenir le propriétaire une fois complétée l'exécution des modalités du contrat;

Il a conclu que les contrats de location assortis d'une option d'achat relevaient de cette loi.

Toutefois, la *Conditional Sales Act* est apparue comme un genre d'impasse pour le juge Jones, étant donné que cette loi vise surtout l'imposition d'avis en vue de protéger les tiers. Elle sert à réglementer l'exercice des droits de recours créés ailleurs. Par conséquent, le juge Jones s'est reporté à l'arrêt *Humphrey Motors Ltd. v. Ells*, [1935] R.C.S. 249, dans lequel la méthode de calcul des dommages-intérêts aux termes d'un contrat de vente conditionnelle régi par des dispositions sem-



this Court. The Court held that since the *Conditional Sales Act* was not determinative of remedial issues, the Court was free to apply the common law of damages. Applying the common law the Court found that the repossession and resale of the chattel had the effect of “rescinding” the contract. The seller, therefore, could not recover damages based on payments falling due after the repossession.

Jones J.A., however, did not see *Humphrey Motors* as determinative of the issue in the present case. *Humphrey Motors*, he suggested, dealt with sales but did not extend to situations where the parties had chosen to create “true leases”. In the present case completion of the rental payments did not entitle the lessees to a transfer of ownership. It only entitled them to an option. The leases, therefore, were not sales but “true leases” and general contract principles should be used to assess the damages.

Jones J.A. did not accept that general contract principles pointed to the formula adopted by the trial judge and the majority of the Court of Appeal. The Langilles’ liability, he felt, must be determined without reference to the Keneric/Allis-Chalmers contract to which the Langilles were not privy. He concluded at p. 429 that the Langilles’ liability should equal:

... the value of the unpaid rental payments due under each lease, less (i) the actual rental value of the equipment for the unexpired period of each lease, (ii) the sum realized on the sale of the equipment after deducting reasonable expenses, and (iii) a discount in respect of the earlier return of the capital.

On June 19, 1985 the Nova Scotia Court of Appeal granted the Langilles leave to appeal to this Court.

ables a été examinée par cette Cour. La Cour a statué que, puisque la *Conditional Sales Act* ne tranchait pas les questions relatives aux recours, elle était libre d’appliquer les principes de *common law* en matière de dommages-intérêts. En appliquant la *common law*, la Cour a conclu que la reprise de possession et la revente du bien meuble avait eu pour effet de «résilier» le contrat. Par conséquent, le vendeur ne pouvait recouvrer des dommages-intérêts fondés sur des paiements dus après la reprise de possession.

Toutefois, le juge Jones n’a pas conclu que l’arrêt *Humphrey Motors* avait pour effet de trancher la question en l’espèce. Il a estimé que l’arrêt *Humphrey Motors* visait les ventes, mais ne s’appliquait pas aux situations dans lesquelles les parties avaient choisi de créer de «véritables contrats de location». En l’espèce, l’exécution finale des paiements de location ne donnait pas aux locataires le droit à un transfert de propriété. Elle ne leur donnait que le droit d’exercer une option. Par conséquent, les contrats de location n’étaient pas des ventes mais de «véritables contrats de location» et les principes généraux en matière de contrats devaient être utilisés pour évaluer les dommages-intérêts.

Le juge Jones n’a pas accepté que les principes généraux en matière de contrat militassent en faveur de la formule adoptée par le juge de première instance et par la Cour d’appel à la majorité. Il a estimé que la responsabilité des Langille devait être déterminée sans tenir compte du contrat conclu entre Keneric et Allis-Chalmers auquel les Langille n’étaient pas partie. Il a conclu, à la p. 429, que la responsabilité des Langille devrait équivaloir à:

[TRADUCTION] ... la valeur des paiements de location non acquittés et dus aux termes de chaque contrat de location, moins (i) la valeur locative réelle du matériel pour la période non échue de chaque contrat de location, (ii) le montant réalisé par la vente du matériel après avoir déduit les frais raisonnables et (iii) un rabais relatif à la remise antérieure du capital.

Le 19 juin 1985, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a accordé aux Langille l’autorisation de se pourvoir devant cette Cour.

### 3. The Issue

Counsel for the appellants submit that the Nova Scotia Court of Appeal erred as to the proper method of assessing damages for default under the equipment rental agreements. Two sub-issues must be examined in order to determine the principal issue. These are (a) what are the general rules governing damages for breach of a lease of chattels? and (b) did the resale by Keneric satisfy its duty to mitigate its damages?

#### (a) *The General Rules*

The most recent discussion of the relevant law is found in the Manitoba Court of Appeal's decision in *Canadian Acceptance Corp. v. Regent Park Butcher Shop Ltd.*, *supra*. That case involved the lease of a cash register. After the lessee failed to make several payments the lessor repossessed and sold the cash register. A clause in the leasing contract stipulated a particular level of damages payable upon breach. The Court of Appeal held that the sum stipulated in the clause was not a genuine pre-estimate of liquidated damages and therefore the clause was a penalty and unenforceable. The court then examined the case law dealing with the damages recoverable for breach of a chattel lease.

Dickson J. (as he then was) speaking for the Court examined the Canadian case law on the subject and concluded at p. 314:

There being no uniform pattern emerging from the Canadian decisions we feel free to approach the matter afresh according to our best judgment. It is our considered opinion that the rationale of the series of cases beginning with *Bridge v. Campbell Discount Co., Ltd.*, [1962] 1 All E.R. 385, provides the proper approach and we propose to apply it. In one of the cases of that series, *Financings, Ltd. v. Baldock*, [1963] 1 All E.R. 443, Lord Denning, M.R., said at p. 445:

### 3. La question en litige

Les avocats des appelants ont soutenu que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse avait commis une erreur en ce qui a trait à la méthode appropriée de calcul des dommages-intérêts par suite d'un manquement aux termes des contrats de location du matériel. Pour trancher la question principale, il faut examiner les deux sous-questions suivantes: a) quelles sont les règles générales qui s'appliquent aux dommages-intérêts pour la violation d'un contrat de location de biens meubles? et b) la revente par Keneric satisfait-elle à son obligation de limiter ses dommages?

#### a) *Les règles générales*

On trouve le plus récent examen des règles de droit applicable dans l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba *Canadian Acceptance Corp. v. Regent Park Butcher Shop Ltd.*, précité. Cet arrêt portait sur la location d'une caisse enregistreuse. Après que le locataire eut omis d'effectuer plusieurs paiements, le bailleur a repris possession de la caisse enregistreuse et l'a revendue. Une clause du contrat de location prévoyait un niveau particulier de dommages-intérêts payables en cas de manquement. La Cour d'appel a conclu que le montant prévu dans la clause ne constituait pas une véritable estimation d'avance des dommages-intérêts conventionnels et, par conséquent, la clause constituait une pénalité et n'était pas exécutoire. La cour a alors examiné la jurisprudence traitant des dommages-intérêts qui pouvaient être accordés pour la violation d'un contrat de location d'un bien meuble.

Le juge Dickson (maintenant Juge en chef du Canada), s'exprimant au nom de la Cour d'appel, a passé en revue la jurisprudence canadienne sur le sujet et a conclu à la p. 314:

[TRADUCTION] Étant donné qu'aucune formule uniforme ne ressort des décisions canadiennes, nous nous estimons libres d'examiner la question à nouveau selon notre meilleur jugement. Tout compte fait, nous sommes d'avis que le raisonnement de la série d'affaires commençant par l'arrêt *Bridge v. Campbell Discount Co., Ltd.*, [1962] 1 All E.R. 385, constitue la solution appropriée et nous proposons de l'appliquer. Dans l'une des affaires de cette série, *Financings, Ltd. v. Baldock*, [1963] 1 All E.R. 443, le maître des rôles lord Denning affirme, à la p. 445:

It seems to me that, when an agreement of hiring is terminated by virtue of a power contained in it and the owner retakes the vehicle, he can recover damages for any breach up to the date of termination, but not for any breach thereafter, for the simple reason that there are no breaches thereafter. I see no difference in this respect between the letting of a vehicle on hire and the letting of land on a lease. If a lessor, under a proviso for re-entry, re-enters on the ground of non-payment of rent or of disrepair, he gets the arrears of rent up to date of re-entry and damages for want of repair at that date, but he does not get damages for loss of rent thereafter or for breaches of repair thereafter.

And at p. 446:

In applying this principle, I asked counsel for the plaintiffs: What were the breaches by the hirer up to the termination of the hiring? He could only point to the simple failure to pay the two instalments of rent. In these circumstances, the only moneys which the plaintiffs can recover are those two instalments which are in arrear and unpaid with the interest thereon. If the plaintiff [*sic*] could prove damages for breach of contract to repair, they could recover them, but no more . . . .

If, however, there is no repudiation, but simply, as here, a failure to pay one or two instalments (the failure not going to the root of the contract and only giving a right to terminate by virtue of an express stipulation in the contract), the owners can recover only the instalments in arrear, with interest, and nothing else; for there was no other breach in existence at the termination of the hiring.

Thus, a lessor who terminates a chattel lease by virtue of a provision in the lease allowing him to do so is limited in his remedies to the rent due at the time of the termination plus any proceeds from resale.

Both *Regent Park* and *Financings, Ltd. v. Baldock*, [1963] 1 All E.R. 443, on which Dickson J.A. relied proceed by analogy to the common law of damages for breach of a lease of land. As Dickson J. pointed out at p. 315 of his reasons:

Il me semble que, lorsqu'on met fin à un contrat de location en vertu d'un pouvoir qui y est prévu et que le propriétaire reprend le véhicule, il peut recouvrer des dommages-intérêts pour toute violation jusqu'à la date à laquelle on a mis fin au contrat, mais pas pour une violation qui s'est produite par la suite pour la simple raison que, par la suite, il n'y a pas de violation. Je ne vois aucune différence à cet égard entre la cession d'un véhicule en location et la cession d'un bien-fonds en vertu d'un bail. Si un bailleur, en vertu d'une disposition prévoyant la reprise de possession, reprend possession pour non-paiement du loyer ou de délabrement des lieux, il obtient les arriérés du loyer jusqu'à la date de la reprise de possession et des dommages-intérêts pour défaut de réparations jusqu'à cette date, mais il n'obtient pas de dommages-intérêts pour la perte du loyer par la suite ou pour l'inexécution des réparations par la suite.

*d* Et à la p. 446:

En appliquant ce principe, j'ai demandé à l'avocat des demandeurs quelles étaient les violations du locataire jusqu'à la date à laquelle la location a pris fin? Il n'a pu indiquer que le seul défaut de payer deux versements du loyer. Dans ces circonstances, les seuls montants d'argent que les demandeurs peuvent recouvrer sont ceux des deux versements impayés qui sont dus avec l'intérêt qui s'y rattache. Si les demandeurs pouvaient démontrer qu'ils ont subi des dommages par suite de la violation du contrat de réparations, ils pourraient les recouvrer, mais pas plus . . .

Toutefois s'il n'y a eu aucune répudiation mais simplement, comme en l'espèce, un défaut d'effectuer un ou deux versements (lequel défaut ne touche pas au fondement du contrat et ne donne simplement que le droit d'y mettre fin en vertu d'une stipulation expresse dans le contrat), les propriétaires ne peuvent recouvrer que les versements arriérés, plus les intérêts, et rien d'autre; car il n'existait aucune autre violation lorsque le contrat de location a pris fin.

Par conséquent, le bailleur qui met fin à la location d'un bien meuble en vertu d'une disposition du contrat de location lui permettant de le faire est limité dans ses recours au loyer dû au moment où le contrat a pris fin et au produit de la revente.

Les arrêts *Regent Park* et *Financings, Ltd. v. Baldock*, [1963] 1 All E.R. 443, sur lesquels le juge Dickson s'est fondé procédaient par analogie avec la *common law* en matière de dommages-intérêts pour la violation d'un contrat de location foncière. Comme le juge Dickson l'a souligné à la p. 315 de ses motifs:

If a landlord re-enters land for non-payment of rent he may bring an action for arrears of rent on the express or implied covenant to pay rent but he cannot recover rent falling due after the date of re-entry. No authority has been given us to show why the position of a lessor of a chattel should be stronger than that of a lessor of land.

Indeed, if the law in this area is to be coherent and principled it would make good sense to abolish artificial legal distinctions between leases of land and leases of chattels. However, the pursuit of consistency today mandates a different result in this case because the decision of this Court in *Highway Properties* has intervened and shifted the jurisprudential foundation upon which the *Regent Park* decision was based.

In *Highway Properties* the Court addressed the issue of the landlord's right to damages flowing from the repudiation of a lease of shopping centre space by a tenant. The landlord claimed both for the loss suffered to the date of repudiation and for the prospective loss resulting from the tenant's failure to carry on business in the shopping centre for the full term of the lease. An application of the traditional approach reflected in *Regent Park* would have defeated the second half of the landlord's claim. Laskin J., speaking for the whole Court, noted at p. 570 that up until that point:

The developed case law has recognized three mutually exclusive courses that a landlord may take where a tenant is in fundamental breach of the lease or has repudiated it entirely, as was the case here. He may do nothing to alter the relationship of landlord and tenant, but simply insist on performance of the terms and sue for rent or damages on the footing that the lease remains in force. Second, he may elect to terminate the lease, retaining of course the right to sue for rent accrued due, or for damages to the date of termination for previous breaches of covenant. Third, he may advise the tenant that he proposes to re-let the property on the tenant's account and enter into possession on that basis.

[TRADUCTION] Si un propriétaire reprend possession d'un bien-fonds en raison du non-paiement du loyer, il peut intenter une action pour recouvrer les arriérés du loyer en vertu de l'engagement exprès ou implicite de payer le loyer, mais il ne peut recouvrer le loyer dû après la date de la reprise de possession. On ne nous a pas présenté de jurisprudence ou de doctrine démontrant que la position du bailleur d'un bien meuble devrait être plus forte que celle du bailleur d'un bien-fonds.

En fait, pour que le droit dans ce domaine soit cohérent et fondé sur des principes, il serait logique d'abolir des distinctions juridiques artificielles entre les contrats de location foncière et ceux de location de biens meubles. Toutefois, le besoin d'uniformisation entraîne aujourd'hui un résultat différent en l'espèce en raison de l'arrêt de cette Cour *Highway Properties* qui a renversé le courant jurisprudentiel sur lequel était fondé l'arrêt *Regent Park*.

Dans l'arrêt *Highway Properties*, la Cour a examiné la question du droit du propriétaire à des dommages-intérêts découlant de la répudiation par le locataire d'un bail de locaux dans un centre commercial. Le propriétaire a réclamé des dommages-intérêts à la fois pour la perte subie jusqu'à la date de la répudiation et pour la perte qui résulterait de l'omission par le locataire d'exploiter un commerce dans le centre commercial pour toute la durée du bail. L'application du point de vue traditionnel qui se dégage de l'arrêt *Regent Park* aurait permis de rejeter la deuxième partie de la réclamation du propriétaire. Le juge Laskin, s'exprimant au nom de toute la Cour, souligne à la p. 570 que jusqu'à ce point:

Le droit jurisprudentiel reconnaît au propriétaire trois recours exclusifs lorsqu'un locataire viole fondamentalement le bail ou le répudie entièrement, comme dans la présente affaire. Il peut ne rien faire pour changer les rapports propriétaire-locataire, mais supposant que le bail reste en vigueur simplement demander l'exécution des dispositions et poursuivre en recouvrement du loyer ou de dommages-intérêts. Deuxièmement, il peut mettre fin au bail, en conservant évidemment son droit d'action pour les loyers échus et exigibles ou pour les dommages-intérêts résultant de violations d'engagements antérieures à la date où il a été mis fin au bail. Troisièmement, il peut donner avis au locataire de son intention de sous-louer l'immeuble pour le compte de ce dernier et ainsi, entrer en possession.

What was not possible at common law before *Highway Properties* was for the landlord to terminate the lease, relet the property, and make a claim for damages that included a claim for unpaid future rent less the actual rental value of the unexpired period.

*Highway Properties* changed this. Laskin J. examined the applicable English, Australian and American authorities. He paid particular attention to the decision in *Buchanan v. Byrnes* (1906), 3 C.L.R. 704 (H.C. Aust.) In that case the tenant, in breach of covenant, abandoned hotel property which he had leased. The landlord succeeded in a claim for damages over the unexpired term of the lease despite the surrender. The approach to the damages issue taken by the High Court is summarized in two passages from the judgment (the first from the reasons of Griffith C.J. at p. 715 and the second from the reasons of Barton J. at p. 719):

Then the question arises — to what damages is he entitled? There is a covenant the performance of which will extend over a term of 15 years, and it is unequivocally broken. The natural damage is the loss likely to be sustained by the plaintiff during the period for which the covenant ought to be kept; just as in the case of a contract to engage a servant for a term of years, paying him monthly wages. If the contract is unequivocally broken by the employer, the servant can bring an action at once. He cannot, of course, recover anything in the form of wages; he recovers damages, which are assessed usually upon the basis of the wages that he would have received; but he must on the other hand give credit, and the jury must give the employer credit, for whatever the servant might reasonably be expected to have earned during the period for which the contract would have been in existence. *Prima facie*, the damages, therefore, would be the value of the term to the lessor, that is, the difference between the benefit which he would have derived from the premises being kept as a going hotel for 15 years at the agreed rent, being kept in repair, and so on, and the value of the premises as they were thrown on his hands.

Avant l'arrêt *Highway Properties*, il n'était pas possible en *common law* pour le propriétaire de mettre fin au bail, de relouer le bien et de faire une demande de dommages-intérêts, comprenant une réclamation du loyer à venir impayé moins la valeur réelle de la location pour la période non écoulée du bail.

L'arrêt *Highway Properties* a changé cette situation. Le juge Laskin a examiné la jurisprudence et la doctrine anglaises, australiennes et américaines applicables. Il a accordé une attention particulière à l'arrêt *Buchanan v. Byrnes* (1906), 3 C.L.R. 704 (H.C. Aust.) Dans cette affaire, le locataire défaillant a abandonné les biens de l'hôtel qu'il avait loué. Le propriétaire a réussi à obtenir des dommages-intérêts portant sur la période non écoulée du bail malgré l'abandon. La position adoptée par la Haute Cour en ce qui a trait à la question des dommages-intérêts est résumée dans deux extraits du jugement (le premier tiré des motifs du juge en chef Griffith à la p. 715, et le second des motifs du juge Barton à la p. 719):

[TRADUCTION] Alors se pose la question de savoir à quels dommages-intérêts a-t-il droit? Il existe un engagement dont l'exécution s'étend sur une période de 15 ans et qui, de toute évidence, n'est pas tenu. Le dommage naturel est la perte susceptible d'être encourue par le demandeur pendant la période au cours de laquelle l'engagement aurait dû être tenu, tout comme dans le cas d'un contrat pour engager un serviteur pendant un certain nombre d'années en lui payant un salaire mensuel. Si le contrat est résilié sans équivoque par l'employeur, le serviteur peut intenter immédiatement une action. Évidemment, il ne peut rien recouvrer sous la forme d'un salaire; il recouvre des dommages-intérêts qui sont habituellement évalués en fonction du salaire qu'il aurait reçu; toutefois, il doit par ailleurs tenir compte de ce qu'il aurait raisonnablement pu s'attendre à gagner au cours de la durée du contrat et le jury doit ajouter foi à l'employeur sur ce point. Par conséquent, à première vue, les dommages-intérêts seraient la valeur de cette période pour le bailleur, c'est-à-dire la différence entre le bénéfice qu'il aurait tiré des lieux en tant qu'hôtel pendant 15 ans au loyer convenu, qui auraient été entretenus et ainsi de suite, et la valeur des lieux tels qu'ils ont été remis entre ses mains.

But it is said that the conduct of the plaintiff in resuming possession under the circumstances estops him from suing upon the covenants. I must not be taken to hold that it has that effect as to the covenant to pay rent. But, however that may be, can it estop him as to the other covenants which relate to the keeping the premises as an inn throughout the term, and the doing of the other things necessary for that purpose? Conduct, to constitute an estoppel, must have caused another to believe in the existence of a certain state of things, and have induced him to act on that belief so as to alter his own position. How can that be said to be the effect of the plaintiff's conduct, when the act of the defendant, so far from having been induced by it, has preceded it? In my judgment the doctrine of estoppel cannot be applied against the plaintiff . . . .

Laskin J. noted that *Buchanan v. Byrnes* was applied by the Supreme Court of Australia in *Hughes v. N.L.S. Pty. Ltd.*, [1966] W.A.R. 100. He concluded at pp. 575-76:

The approach of the High Court of Australia commends itself to me, cutting through, as it does, artificial barriers to relief that have resulted from overextension of the doctrine of surrender in its relation to rent. Although it is correct to say that repudiation by the tenant gives the landlord at that time a choice between holding the tenant to the lease or terminating it, yet at the same time a right of action for damages then arises; and the election to insist on the lease or to refuse further performance (and thus bring it to an end) goes simply to the measure and range of damages. I see no logic in a conclusion that, by electing to terminate, the landlord has limited the damages that he may then claim to the same scale that would result if he had elected to keep the lease alive.

Laskin J. then expressly adopted the Australian approach.

The Court in *Highway Properties* justified its decision by an appeal to both principle and practicality. In principle it made no sense to regard a commercial lease of land as "simply a conveyance and not a contract". This historical anomaly could only be corrected by assessing damages in breach of land lease cases on general contract principles. Practicality supported the change as well since the

On dit, cependant que le fait d'avoir repris possession des locaux dans ces circonstances crée une fin de non-recevoir qui empêche (*estops*) le demandeur d'actionner le défendeur relativement aux engagements pris. On ne doit pas conclure que j'estime que cet effet se produit pour ce qui est de l'engagement de payer le loyer. Quoi qu'il en soit, y a-t-il fin de non-recevoir à l'égard des autres engagements qui obligent à maintenir une auberge dans les locaux pendant toute la période et à faire les autres choses nécessaires à cette fin? Pour constituer une fin de non-recevoir, la conduite d'une personne doit avoir amené une autre personne à croire en l'existence d'un certain état de choses et à agir suivant cette croyance de façon à changer sa propre position. Comment peut-on dire que tel a été l'effet de la conduite du demandeur quand l'acte du défendeur, loin d'en être le résultat, l'a en fait précédée. À mon avis, la fin de non-recevoir ne peut être opposée au demandeur . . . .

Le juge Laskin a souligné que l'arrêt *Buchanan v. Byrnes* a été appliqué par la Cour suprême de l'Australie dans *Hughes v. N.L.S. Pty. Ltd.*, [1966] W.A.R. 100. Il a conclu aux pp. 575 et 576:

Décider dans le sens de la Haute Cour d'Australie, qui écarte des obstacles artificiels aux recours créés par une trop grande extension des règles de l'abandon par rapport au loyer, me semble opportun. Bien qu'il soit exact de dire que la répudiation par le locataire donne immédiatement au propriétaire le choix entre obliger le locataire à se conformer au bail ou à y mettre fin, un droit d'action en dommages-intérêts naît néanmoins en même temps. Le choix de demander le maintien du bail ou de le refuser (et ainsi d'y mettre fin) n'influe que sur l'étendue des dommages-intérêts. Il est illogique, à mon avis, de conclure qu'en décidant de mettre fin au bail, le propriétaire a limité les dommages-intérêts qu'il peut ensuite réclamer dans la même mesure que s'il avait décidé de maintenir le bail en vigueur.

Le juge Laskin a alors expressément adopté la position australienne.

La Cour dans l'arrêt *Highway Properties* a justifié sa décision en faisant appel à des considérations de principe et à des considérations pratiques. En principe, il n'est pas logique de considérer qu'un bail commercial «n'est qu'un transfert de droit sur un fonds et n'est pas aussi un contrat». Cette anomalie historique ne peut être corrigée qu'en évaluant les dommages-intérêts, dans les

new approach avoided the potential for multiplicity of actions inherent in the old approach. Both these factors suggest that the same change should be made in the law applicable to breaches of chattel leases.

In addition to these two considerations the need for consistency within the law militates in favour of a change in the rules relating to breach of chattel leases. As was noted in both *Baldock* and *Regent Park* there is no essential difference between a lease of land and a lease of chattels that is material to the ascertainment of damages on breach. They are both contracts. Thus, the spirit of *Regent Park*—the harmonizing of the law relating to the leasing of chattels with the law relating to the leasing of land — is best given effect today by a different result in a chattel lease case. The damages flowing from the breach of a chattel lease, like the damages flowing from the breach of a land lease, should be calculated in accordance with general contract principles. To the extent that *Regent Park* reflects a different approach it should not be followed.

Counsel for the appellants, however, point out that *Highway Properties* was a case of express repudiation by the lessee. The present case, they argue, is distinguishable in that there was no express repudiation. Assuming that the appellants could establish the factual basis for this distinction, is there any reason why the rule laid down in *Highway Properties* should not logically extend to all cases involving a lawful termination by the lessor?

In order to answer this question we must go back to first principles in the law of contract. If a party to a contract breaches a term of sufficient importance the other party has the right to treat the contract as terminated and consider himself

affaires portant sur la violation d'un bail foncier, en fonction des principes généraux en matière de contrats. La modification s'appuyait également sur des considérations pratiques étant donné que la nouvelle façon de procéder écartait les possibilités d'actions multiples inhérentes à l'ancienne. Ces deux facteurs indiquent que la même modification devrait être faite dans le droit applicable aux violations de contrats de location de biens meubles.

En plus de ces deux considérations, le besoin d'uniformisation du droit milite en faveur d'une modification des règles relatives à la violation des contrats de location de biens meubles. Comme on l'a souligné dans les arrêts *Baldock* et *Regent Park*, il n'y a, entre le bail foncier et la location de biens meubles, aucune différence essentielle importante pour évaluer des dommages-intérêts dans le cas d'une violation. Il s'agit de deux contrats. Par conséquent, l'esprit de l'arrêt *Regent Park*, savoir l'harmonisation du droit relatif à la location de biens meubles avec le droit relatif à la location foncière, est mieux servi aujourd'hui par un résultat différent dans une affaire relative à la location d'un bien meuble. Les dommages-intérêts qui découlent de la violation d'un contrat de location d'un bien meuble, tout comme ceux découlant de la violation d'un bail foncier, devraient être calculés conformément aux principes généraux qui régissent les contrats. Dans la mesure où l'arrêt *Regent Park* traduit un point de vue différent, il ne devrait pas être suivi.

Toutefois, les avocats des appelants soulignent que l'arrêt *Highway Properties* était une affaire de répudiation expresse par le locataire. Ils soutiennent que la présente affaire est différente en ce sens qu'il n'y a eu aucune répudiation expresse. Si l'on présume que les appelants pouvaient établir les faits à l'appui de cette distinction, y a-t-il une raison pour laquelle la règle établie dans l'arrêt *Highway Properties* ne devrait pas s'appliquer logiquement à toutes les affaires comportant une résiliation légitime par le bailleur?

Pour répondre à cette question, nous devons revenir aux principes fondamentaux du droit des contrats. Si une partie à un contrat ne respecte pas une modalité suffisamment importante, l'autre partie a le droit de considérer que le contrat a pris

discharged from any future obligations under it: *Pigott Construction Co. v. W. J. Crowe Ltd.* (1961), 27 D.L.R. (2d) 258 (Ont. C.A.), at pp. 269-72; *Alkok v. Grymek*, [1968] S.C.R. 452, at p. 456; *Hongkong Fir Shipping Co. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 26 (C.A.), per Diplock L.J., at pp. 65-66, 71; *Cehave N.V. v. Bremer Handelsgesellschaft m.b.H., the "Hansa Nord"*, [1976] Q.B. 44 (C.A.) An identical right arises where one party to a contract by words or conduct indicates to the other party that he does not intend to perform his contractual obligations. In the latter instance the first party is said to have repudiated the contract: see Sir W. R. Anson, *Anson's Law of Contract* (26th ed. by A. G. Guest), pp. 470-84; G. C. Cheshire, C. H. S. Fifoot and M. P. Furmston, *Law of Contract* (11th ed. 1986), pp. 521-33. The question at hand is whether the assessment of damages in a case of termination based on breach of a term of the contract should be any different from the assessment of damages in a case of termination based on repudiation.

Laskin J. in *Highway Properties* seemed to assume that the answer to this question was no. His analysis in that case focussed on the "courses that a landlord may take where a tenant is in fundamental breach of the lease or has repudiated it entirely". I would respectfully agree with Laskin J. that damages should be assessed in the same way in both cases. Repudiation may be triggered by either the inability or the unwillingness of a party to perform his contractual obligations. The same is true of a breach of contract that gives rise to a right to terminate; it may be the result of inability or unwillingness to perform. The breach and the repudiation are merely subdivisions within a general category of conduct, i.e., conduct which gives the innocent party the right to treat the contract as terminated. Thus, there is no conceptual difference between a breach of contract that gives the innocent party the right to terminate and the repudiation of a contract so as to justify a different assessment of damages when termination flows from the former rather than the latter. Gen-

fin et de se considérer déchargée de toute obligation future qui pourrait en découler: *Pigott Construction Co. v. W. J. Crowe Ltd.* (1961), 27 D.L.R. (2d) 258 (C.A. Ont.), aux pp. 269 à 272; *Alkok v. Grymek*, [1968] R.C.S. 452, à la p. 456; *Hongkong Fir Shipping Co. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 26 (C.A.), le lord juge Diplock, aux pp. 65, 66 et 71; *Cehave N.V. v. Bremer Handelsgesellschaft m.b.H., the "Hansa Nord"*, [1976] Q.B. 44 (C.A.) Un droit identique est engendré lorsqu'une partie à un contrat indique à l'autre partie, par ses paroles ou par sa conduite, qu'elle n'a pas l'intention de remplir ses obligations contractuelles. Dans ce dernier cas, on dit que la première partie a répudié le contrat: voir sir W. R. Anson, *Anson's Law of Contract* (26th ed. par A. G. Guest), pp. 470 à 484; G. C. Cheshire, C. H. S. Fifoot and M. P. Furmston, *Law of Contract* (11th ed. 1986), pp. 521 à 533. La question qui se pose en l'espèce est de savoir si l'évaluation des dommages-intérêts dans une affaire de résiliation fondée sur la violation d'une modalité du contrat devrait être différente de l'évaluation des dommages-intérêts dans une affaire de résiliation fondée sur la répudiation.

Le juge Laskin, dans l'arrêt *Highway Properties*, a semblé présumer qu'il fallait répondre à cette question par la négative. Dans cet arrêt, son analyse a porté sur les «recours... [reconnus au propriétaire] lorsqu'un locataire viole fondamentalement le bail ou le répudie entièrement». Je conviens avec le juge Laskin que les dommages-intérêts devraient être évalués de la même manière dans les deux cas. La répudiation peut être déclenchée par l'incapacité ou le refus d'une partie d'exécuter ses obligations contractuelles. Il en est de même de la violation d'un contrat qui donne naissance au droit de le résilier; elle peut découler de l'incapacité ou du refus d'exécution. La violation et la répudiation sont simplement des subdivisions d'une catégorie générale de conduite, c'est-à-dire la conduite qui donne à la partie innocente le droit de considérer le contrat comme résilié. Par conséquent, il n'y a aucune différence conceptuelle entre la violation d'un contrat qui donne à la partie innocente le droit de le résilier et la répudiation d'un contrat, qui justifie une évaluation différente



eral contract principles should be applied in both instances.

The trial judge in this case correctly found that the Langilles' default constituted a breach of lease that gave Keneric the right to terminate. Keneric accepted the breach and terminated the leases. It is not necessary to determine whether the Langilles also repudiated the leases. For the reasons given above such a finding would make no difference to the assessment of damages.

Before returning to the particular facts of this case it might be useful to comment on *Humphrey Motors, supra*, which was referred to by Jones J.A. in his dissenting opinion in the Court of Appeal. As noted above, this case involved a conditional sale. The buyer defaulted and the vendor repossessed the truck and resold it. This Court held that the resale by the vendor had "rescinded" the contract and the vendor therefore had no claim for the deficiency on the resale. In my opinion this case is not good law today as it relies on an out-moded concept of rescission.

The modern view is that when one party repudiates the contract and the other party accepts the repudiation the contract is at this point terminated or brought to an end. The contract is not, however, rescinded in the true legal sense, i.e., in the sense of being voided *ab initio* by some vitiating element. The parties are discharged of their prospective obligations under the contract as from the date of termination but the prospective obligations embodied in the contract are relevant to the assessment of damages: see *Johnson v. Agnew*, [1980] A.C. 367, [1979] 1 All E.R. 883 (H.L.), and *Moschi v. Lep Air Services Ltd.*, [1973] A.C. 331, [1972] 2 All E.R. 393 (H.L.) Such is the law for contracts generally and it is this law which should apply equally to breaches of chattel leases.

des dommages-intérêts lorsque la résiliation découle de la première situation plutôt que de la deuxième. Les principes généraux en matière de contrats devraient s'appliquer dans les deux cas.

<sup>a</sup> En l'espèce, le juge de première instance a conclu à bon droit que le défaut des Langille constituait une violation du contrat de location, qui donnait à Keneric le droit de le résilier. Keneric a <sup>b</sup> accepté la violation et a mis fin aux contrats. Il n'est pas nécessaire de déterminer si les Langille avaient également répudié les contrats. Pour les motifs donnés précédemment, une telle conclusion ne changerait rien à l'évaluation des dommages-intérêts.

Avant de revenir aux faits particuliers de l'espèce, il pourrait être utile de faire quelques observations sur l'arrêt *Humphrey Motors*, précité, que <sup>d</sup> le juge Jones a mentionné dans son opinion dissidente en Cour d'appel. Comme je l'ai mentionné précédemment, cette affaire portait sur une vente conditionnelle. L'acheteur a manqué à ses obligations et le vendeur a repris possession du camion et <sup>e</sup> l'a revendu. Cette Cour a conclu que la revente par le vendeur avait eu pour effet de «résilier» le contrat et le vendeur ne pouvait donc rien réclamer pour la perte sur la revente. À mon avis, cet arrêt <sup>f</sup> ne constitue pas une bonne règle de droit aujourd'hui vu qu'il se fonde sur un concept de résiliation périmé.

Selon la conception moderne, lorsqu'une partie <sup>g</sup> répudie le contrat et que l'autre partie accepte la résiliation, le contrat prend fin à ce moment-là. Toutefois, le contrat n'est pas résilié au sens juridique véritable du terme, c'est-à-dire en ce sens que la présence d'un certain élément a pour effet de le rendre nul au départ. Les parties sont libérées de leurs obligations futures aux termes du contrat à compter de la date où celui-ci est résilié, mais les obligations futures incorporées dans le contrat sont pertinentes pour ce qui est d'évaluer les dommages-intérêts: voir *Johnson v. Agnew*, [1980] A.C. 367, [1979] 1 All E.R. 883 (H.L.), et *Moschi v. Lep Air Services Ltd.*, [1973] A.C. 331, [1972] 2 All E.R. 393 (H.L.) Voici d'une manière générale <sup>i</sup> l'état du droit relatif aux contrats et c'est ce droit qui devrait s'appliquer également aux violations de contrats de location de biens meubles.

I return now to the facts of the present case in order to determine whether the damages were properly assessed. The general rule for the assessment of damages for breach of contract is that the award should put the plaintiff in the position he would have been in had the defendant fully performed his contractual obligations. This principle is qualified by the doctrine of remoteness. As Baron Alderson stated in *Hadley v. Baxendale*, *supra*, at p. 354 (9 Ex.) and at p. 151 (156 E.R.):

... Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it.

The general rule is, of course, further qualified by the injured party's duty to mitigate its damages.

One of the difficulties this appeal raises, and it is crucial to the dissent of Jones J.A. from the other two judges of the Court of Appeal, is the precise nature of the arrangement by which the Langilles were ultimately to end up as purchasers of the leased equipment. Were the Langilles aware that they were buying equipment from Keneric which was purchasing the equipment from Allis-Chalmers using the Langilles' rental payments under the leases as security for the purchase price? If they were, then under the rule in *Hadley v. Baxendale* the Langilles knew or ought reasonably to have known that the measure of damages which would be suffered by Keneric on their breach of the leases would be the measure of the liability of Keneric to Allis-Chalmers. On the other hand, if they knew nothing of the arrangement between Keneric and Allis-Chalmers and there was no basis on which they ought reasonably to have known of it, then the measure of damages for which they should be liable to Keneric would be confined to the terms of the leases themselves. In the first

Je reviens maintenant aux faits de l'espèce pour déterminer si les dommages-intérêts ont été évalués d'une manière appropriée. La règle générale en matière d'évaluation des dommages-intérêts pour la violation d'un contrat porte que le montant accordé devrait placer le demandeur dans la situation où il aurait été si le défendeur avait exécuté complètement ses obligations contractuelles. Ce principe est limité dans son application par la doctrine relative au lien de causalité. Comme le baron Alderson l'a dit dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale*, précité, p. 354 (9 Ex.) et à la p. 151 (156 E.R.):

[TRADUCTION] ... Lorsque deux parties ont passé un contrat que l'une d'elle a rompu, la réparation que l'autre partie doit recevoir pour cette rupture doit être celle qu'on peut considérer justement et raisonnablement soit comme celle qui découle naturellement, c'est-à-dire selon le cours normal des choses, de cette rupture du contrat, soit comme celle que les deux parties pouvaient raisonnablement et probablement envisager, lors de la passation du contrat, comme conséquence probable de sa rupture.

Évidemment, l'application de la règle générale est en outre limitée par le devoir qu'a la partie lésée de limiter ses dommages.

L'un des problèmes que soulève le présent pourvoi et qui revêt une importance cruciale en ce qui a trait à la dissidence du juge Jones par rapport aux deux autres juges de la Cour d'appel, c'est la nature précise de l'entente en vertu de laquelle les Langille devaient finalement acheter le matériel loué. Les Langille savaient-ils qu'ils achetaient du matériel de Keneric qui elle-même l'achetait d'Allis-Chalmers en utilisant, comme garantie du prix d'achat, les paiements effectués par les Langille conformément aux contrats de location? Dans l'affirmative, alors en vertu de la règle énoncée dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale*, les Langille savaient ou auraient dû raisonnablement savoir que le montant des dommages que subirait Keneric s'ils ne respectaient pas les contrats de location correspondrait à l'obligation de Keneric envers Allis-Chalmers. Par contre, s'ils n'étaient pas au courant de l'entente conclue entre Keneric et Allis-Chalmers et qu'il n'y avait aucun motif pour lequel ils auraient dû raisonnablement en être au courant, alors le montant des dommages dont ils pourraient

circumstance it seems to me that the trial judge and the majority of the Court of Appeal were correct in their method of assessing damages. But in the second circumstance they would have been incorrect in that Keneric's liability to Allis-Chalmers would be outside the Langilles' reasonable foreseeability under *Hadley v. Baxendale* and accordingly too remote. The Langilles' liability to Keneric in that circumstance would simply be the value of the unpaid rentals under the leases (discounted for early receipt) minus the proceeds of sale plus the expenses of repossession, repair and resale.

There seems little doubt that the trial judge proceeded on the basis that the Langilles were aware that Keneric did not own the equipment but was purchasing it from Allis-Chalmers using the rental payments as security. The majority of the Court of Appeal seem to have so construed the trial judge's reasons although at no point is a specific finding of fact made by her in this regard. Jones J.A., on the other hand, takes the lease agreements at their face value and assesses Keneric's damages on the basis of the leases alone, emphasizing that the Langilles were not parties to the arrangement between Keneric and Allis-Chalmers.

It seems to me that there is an evidentiary basis on which knowledge could properly be attributed to the Langilles of the existence of the arrangement between Keneric and Allis-Chalmers. As the trial judge points out, the Langilles knew that Keneric was an Allis-Chalmers dealer because Keneric had taken over one of the Langilles' earlier deals with another Allis-Chalmers' dealer when that dealer went out of business. It was through that transaction that Keneric first made contact with the Langilles. The evidence also discloses that the Langilles actually received the leases after they had been signed by Keneric from Allis-Chalmers. Indeed, they seem from some of their correspondence with Keneric to have treated the leases as if Allis-Chalmers were the lessor and

être tenu responsables envers Keneric serait limité aux modalités des contrats de location eux-mêmes. Dans le premier cas, il me semble que le juge de première instance et la Cour d'appel à la majorité ont adopté la bonne méthode pour évaluer les dommages-intérêts. Toutefois, dans le second cas, on ne pourrait pas en dire autant étant donné que les Langille ne pouvaient raisonnablement prévoir, au sens de l'arrêt *Hadley v. Baxendale*, l'obligation de Keneric envers Allis-Chalmers, qui était donc trop éloignée. La responsabilité des Langille envers Keneric dans ce cas équivaldrait simplement à la différence entre les paiements échus aux termes des contrats de location (réduits dans le cas d'un paiement anticipé) et le produit de la vente, plus les frais engagés pour la reprise de possession, la réparation et la revente.

Il semble évident que le juge de première instance a considéré que les Langille savaient que Keneric n'était pas propriétaire du matériel, mais l'achetait d'Allis-Chalmers en utilisant les paiements de location à titre de garantie. La Cour d'appel à la majorité semble avoir donné une telle interprétation aux motifs du juge de première instance bien qu'elle n'ait tiré aucune conclusion de fait précise à cet égard. Par ailleurs, le juge Jones a pris au pied de la lettre les contrats de la location et a évalué les dommages de Keneric uniquement en fonction de ces contrats, en soulignant que les Langille n'étaient pas partie à l'entente conclue entre Keneric et Allis-Chalmers.

Il me semble qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer que les Langille étaient au courant de l'existence de l'entente entre Keneric et Allis-Chalmers. Comme l'a souligné le juge de première instance, les Langille savaient que Keneric était un concessionnaire d'Allis-Chalmers parce que Keneric avait pris la suite d'une affaire conclue précédemment entre les Langille et un autre dépositaire d'Allis-Chalmers lorsque ce dernier avait cessé ses activités. C'est à l'occasion de cette opération que Keneric est entré en contact pour la première fois avec les Langille. La preuve révèle également que les Langille ont en fait reçu les contrats de location d'Allis-Chalmers après qu'ils aient été signés par Keneric. En réalité, d'après une partie de leur correspondance avec

Keneric simply an agent for Allis-Chalmers in receiving the rental payments. In a letter to Mr. Ken Smith, President of Keneric, they state baldly that they leased all of the equipment from Allis-Chalmers and had decided to lease from Allis-Chalmers rather than buy from them because Keneric had told them that Allis-Chalmers would permit them to terminate the leases and return the equipment to Allis-Chalmers at any time. While the trial judge did not accept that Keneric had made such a representation, she seems to have inferred from the Langilles' evidence that they were fully aware that the leases had been assigned by Keneric to Allis-Chalmers as security for the purchase of the equipment by Keneric. Accepting that the trial judge was correct in drawing this inference, and I think that she was, then the formula adopted by her in assessing damages and affirmed by the majority of the Court of Appeal represented a correct application of the rule in *Hadley v. Baxendale*.

(b) *Mitigation*

It is submitted by counsel for the appellants that Keneric did not take reasonable steps to mitigate its damages. On this issue the trial judge held that Keneric attempted to get the best price possible when reselling the equipment. The appellant's argument, however, is that Keneric should have relet the equipment rather than reselling it.

The difficulty I have with this argument is that no evidence was led at trial concerning the economics of reletting. In the absence of such evidence it is impossible to say whether reletting would have been preferable to resale or not. Obviously the burden of proof here is of critical importance.

It seems quite clear that the burden of proof falls on the defendant. As Laskin J., speaking for the Court in *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324, noted at p. 331:

Keneric, ils semblent avoir traité les contrats de location comme si Allis-Chalmers était le bailleur et comme si Keneric agissait simplement en qualité de mandataire d'Allis-Chalmers en recevant les paiements de location. Dans une lettre adressée à M. Ken Smith, le président de Keneric, ils affirment abruptement qu'ils ont loué tout leur matériel d'Allis-Chalmers et qu'ils ont décidé de le louer plutôt que de l'acheter parce que Keneric leur a dit qu'Allis-Chalmers leur permettrait de mettre fin aux contrats de location et de lui retourner le matériel en tout temps. Bien que le juge de première instance n'ait pas accepté que Keneric ait fait une telle offre, elle semble avoir déduit de la preuve des Langille qu'ils savaient parfaitement que Keneric avait cédé les contrats de location à Allis-Chalmers à titre de garantie pour l'achat du matériel par Keneric. Si l'on accepte que le juge de première instance a eu raison de tirer cette conclusion, et je crois qu'elle a eu raison de le faire, alors la formule d'évaluation des dommages-intérêts qu'elle a adoptée et qui a été confirmée par la Cour d'appel à la majorité représentait une juste application de la règle énoncée dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale*.

b) *Limitation du préjudice*

Les avocats des appelants soutiennent que Keneric n'a pas pris de mesures raisonnables pour limiter ses dommages. À ce sujet, le juge de première instance a conclu que Keneric avait tenté d'obtenir le meilleur prix possible en revendant le matériel. Toutefois, l'argument des appelants porte que Keneric aurait reloué le matériel plutôt que le revendre.

Le problème que j'éprouve à l'égard de cet argument c'est qu'aucun élément de preuve n'a été présenté en première instance concernant la rentabilité d'une nouvelle location. En l'absence de tels éléments de preuve, il est impossible de dire si une nouvelle location aurait été préférable à la revente. De toute évidence, la charge de la preuve est très importante en l'espèce.

Il semble évident que la charge de la preuve incombe au défendeur. Comme l'a souligné le juge Laskin, au nom de la Cour dans l'arrêt *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324, à la p. 331:

If it is the defendant's position that the plaintiff could reasonably have avoided some part of the loss claimed, it is for the defendant to carry the burden of that issue, subject to the defendant being content to allow the matter to be disposed of on the trial judge's assessment of the plaintiff's evidence on avoidable consequences.

This proposition finds support in the English case law and from learned writers: see *Halsbury's Laws of England*, vol. 12, 4th ed., para. 1193; G. C. Cheshire, C. H. S. Fifoot and M. P. Furmston, *Law of Contract*, *supra*, at p. 598. The Langilles did not discharge the burden of proving that Keneric's resale constituted inadequate mitigation.

#### 4. Conclusion

The trial judge and the majority of the Court of Appeal were correct in applying general principles of contract law in assessing Keneric's damages. They were correct also in applying the rule in *Hadley v. Baxendale*.

No attack was made on the trial judge's award of damages on the "separate parts" account and it is accordingly not interfered with. The appeal is dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellants: R. A. Cluney, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: R. Malcolm MacLeod, Halifax.*

Si le défendeur prétend que le demandeur aurait pu raisonnablement minimiser la perte alléguée, il incombe au défendeur d'en faire la preuve, à moins que ce dernier ne se contente de laisser au juge de première instance le soin de trancher cette question à la lumière de son évaluation de la preuve des conséquences évitables fournie par le demandeur.

Cet argument est appuyé par la jurisprudence anglaise et certains auteurs: voir *Halsbury's Laws of England*, vol. 12, 4th ed., par. 1193; G. C. Cheshire, C. H. S. Fifoot and M. P. Furmston, *Law of Contract*, précité, à la p. 598. Les Langille ne se sont pas acquittés de la charge de démontrer que la revente de Keneric constituait une réduction insuffisante.

#### 4. Conclusion

Le juge de première instance et la Cour d'appel à la majorité ont eu raison d'appliquer les principes généraux du droit des contrats en évaluant les dommages-intérêts de Keneric. Ils ont également eu raison d'appliquer la règle énoncée dans l'arrêt *Hadley v. Baxendale*.

On n'a nullement contesté l'attribution des dommages-intérêts du juge de première instance à l'égard du compte «parties distinctes» et, en conséquence, elle n'est pas modifiée. Le pourvoi est rejeté avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur des appelants: R. A. Cluney, Halifax.*

*Procureur de l'intimée: R. Malcolm MacLeod, Halifax.*



*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, 1987 Vol. 2**

**3<sup>e</sup> cahier, 1987 Vol. 2**

Cited as [1987] 2 S.C.R. 461-540

Renvoi [1987] 2 R.C.S. 461-540

---

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

### **Canada (Attorney General) v. Brault ..... 489**

Labour law — Public Service employment — Appointments — Creation of the additional function of "dog handler" in the existing position of customs inspector — New function requiring additional and special qualifications — Whether the assignment of customs inspectors to the function of dog handler was an appointment to a position within the meaning of the Public Service Employment Act — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 10, 12(1), 21.

### **Canada (Director of Investigation and Research under the Combines Investigation Act) v. New Brunswick Telephone Co. .... 485**

Administrative law — Intervention in proceedings before administrative tribunal — Whether public officer whose office is created by statute requires statutory authority to intervene before administrative tribunal with permission of tribunal — Authority of tribunal to permit intervention — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23.

### **Canada (Director of Investigation and Research under the Combines Investigation Act) v. Newfoundland Telephone Co. .... 466**

Administrative law — Intervention in proceedings before administrative tribunal — Whether public officer whose office is created by statute requires statutory authority to intervene before administrative tribunal with permission of tribunal — Authority of tribunal to permit intervention — Competition Act, S.C. 1986, c. 26, ss. 97 (formerly Combines Investigation

*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, LL.L.

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

Réviséur  
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

### **Canada (Procureur général) c. Brault ..... 489**

Droit du travail — Emploi dans la Fonction publique — Nominations — Création de la fonction additionnelle de «maître-chien» pour le poste déjà existant d'inspecteur des douanes — Nouvelle fonction exigeant des qualifications spéciales supplémentaires — L'affectation d'inspecteurs des douanes à la fonction de maître-chien constitue-t-elle une nomination à un poste au sens de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique? — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 10, 12(1), 21.

### **Canada (Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions) c. New Brunswick Telephone Co. .... 485**

Droit administratif — Intervention dans une instance devant un tribunal administratif — Un agent de l'État dont la charge a été créée par une loi a-t-il le pouvoir légal d'intervenir devant un tribunal administratif avec l'autorisation du tribunal? — Pouvoir du tribunal d'autoriser l'intervention — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23.

### **Canada (Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions) c. Newfoundland Telephone Co. .... 466**

Droit administratif — Intervention dans une instance devant un tribunal administratif — Un agent de l'État dont la charge a été créée a-t-il le pouvoir légal d'intervenir devant un tribunal administratif avec l'autorisation du tribunal? — Pouvoir du tribunal d'autoriser l'intervention — Loi sur la concurrence, S.C.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 27.1, ad. 1974-75-76, c. 76, s. 9), 98 — Public Utilities Act, R.S.N. 1970, c. 322, ss. 14, 18, 23(g), 40, 60, 73, 81, 96 (as am. 1975-76, No. 56, s. 9), 113(2).

**Doré v. Canada** ..... 503

Labour law — Public Service employment — Appointments — Public Service employee assigned to different functions pending classification of a new position for such functions — Distinction between the creation and the classification of a position — Whether the assignment of the employee was an appointment to a position within the meaning of the Public Service Employment Act — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21.

**Fisch v. White** ..... 535

Civil procedure — Dismissal of appeal — Appellant late in filing factum — Judicial discretion — Whether judicial discretion properly exercised — Whether additional delay to serve and file factum in the Court of Appeal should be granted — Code of Civil Procedure, art. 505.

**R. v. Aiello** ..... 462

Criminal law — Appeal as of right — No reversible error by the Court of Appeal.

**R. v. Baig** ..... 537

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused informed of his right to counsel following arrest — Trial judge excluding inculpatory statement on basis that accused's right to counsel was violated — No proof indicating that accused did not understand his right — Whether accused's right to counsel violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

**R. v. Briglio** ..... 465

Criminal law — Dangerous driving — Whether the Court of Appeal erred in rejecting a finding at trial that the accused drove as he did “probably out of necessity”.

**R. v. Dawson** ..... 461

Constitutional law — Charter of Rights — Standards of application of s. 24(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

**R. v. Doz** ..... 463

Criminal law — Contempt of court — Lawyer cited for contempt of court — Jurisdiction — Whether Provincial Court judge has jurisdiction to entertain a proceeding for contempt before another judge.

**R. v. Milne** ..... 512

Criminal law — Sentences — Dangerous offender — Status of “dangerous” predicated on conviction for “serious personal injury offence” — Accused's “dangerousness” based on a crime later removed from definition of “serious personal injury

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

1986, chap. 26, art. 97 (anciennement Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 27.1, aj. 1974-75-76, chap. 76, art. 9), 98 — Public Utilities Act, R.S.N. 1970, chap. 322, art. 14, 18, 23g), 40, 60, 73, 81, 96 (mod. 1975-76, No. 56, art. 9), 113(2).

**Doré c. Canada** ..... 503

Droit du travail — Emploi dans la Fonction publique — Nominations — Employée de la Fonction publique affectée à des fonctions différentes en attendant la classification d'un nouveau poste pour ces fonctions — Distinction entre la création et la classification d'un poste — L'affectation de l'employée constituait-elle une nomination à un poste au sens de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique? — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 21.

**Fisch c. White** ..... 535

Procédure civile — Rejet d'un appel — Retard dans la production du mémoire de l'appelant — Pouvoir discrétionnaire du juge — Le juge a-t-il correctement exercé son pouvoir discrétionnaire? — Un délai additionnel pour signifier et produire le mémoire en Cour d'appel doit-il être accordé? — Code de procédure civile, art. 505.

**R. c. Aiello** ..... 462

Droit criminel — Pourvoi de plein droit — Aucune erreur de la Cour d'appel entraînant cassation.

**R. c. Baig** ..... 537

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un avocat — Accusé informé de son droit à un avocat lors de son arrestation — Déclaration inculpatoire écartée par le juge du procès pour violation du droit de l'accusé à un avocat — Aucune preuve que l'accusé n'a pas compris la nature de son droit — Le droit de l'accusé à un avocat a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

**R. c. Briglio** ..... 465

Droit criminel — Conduite dangereuse — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rejetant la conclusion du juge du procès selon laquelle l'accusé a conduit comme il l'a fait «probablement par nécessité»?

**R. c. Dawson** ..... 461

Droit constitutionnel — Charte des droits — Normes d'application de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés.

**R. c. Doz** ..... 463

Droit criminel — Outrage au tribunal — Avocat cité à comparaître pour outrage au tribunal — Compétence — Un juge de la Cour provinciale peut-il connaître des poursuites pour outrage au tribunal devant un autre juge?

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

offence" — Whether or not accused's continuing detention dependant on continuing status of "dangerousness" — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 157, 687(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Dangerous offender — Indeterminate detention — Status of "dangerous" predicated on conviction for "serious personal injury offence" — Accused's "dangerousness" based on a crime later removed from definition of "serious personal injury offence" — Whether or not breach of Charter guarantees of fundamental justice, of freedom from arbitrary detention, of minimal criminal procedures, and of freedom from cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 11, 12, 24(1).

## SOMMAIRE (Fin)

**R. c. Milne ..... 512**

Droit criminel — Peines — Délinquant dangereux — Statut de délinquant «dangereux» résultant d'une déclaration de culpabilité de «sévices graves à la personne» — «Dangerosité» de l'accusé établie en fonction d'un crime ultérieurement exclu de la définition de «sévices graves à la personne» — La continuation de la détention de l'accusé dépend-elle du statut de délinquant «dangereux»? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 157, 687b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Délinquant dangereux — Détention pour une période indéterminée — Statut de délinquant «dangereux» résultant d'une déclaration de culpabilité de «sévices graves à la personne» — «Dangerosité» de l'accusé établie en fonction d'un crime ultérieurement exclu de la définition de «sévices graves à la personne» — A-t-on violé les garanties de la Charte relativement à la justice fondamentale, à la protection contre la détention arbitraire, aux droits minimaux en matière de procédure criminelle et à la protection contre les peines cruelles et inusitées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 11, 12, 24(1).



**Lance Dawson** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DAWSON

File No.: 19584.

1987: October 16.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
THE YUKON TERRITORY

*Constitutional law — Charter of Rights — Standards of application of s. 24(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 24(1).

APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (1985), 22 C.C.C. (3d) 181, allowing an appeal by the Crown from the accused's acquittal on a charge of breaking and entering. Appeal dismissed.

*Penelope Gawn*, for the appellant.

*Julius A. Isaac* and *David Gates*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to call upon you Mr. Isaac.

This appeal comes to us as of right. In light of judgments of this Court not available to the trial judge here, he erred in law, as a minimum in the application of s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Accordingly the appeal is dismissed. The matter must be returned for retrial.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Anton, Campion, MacDonald & Phillips, Whitehorse.*

*Solicitor for the respondent: F. Iacobucci, Ottawa.*

**Lance Dawson** *Appelant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. DAWSON

N° du greffe: 19584.

1987: 16 octobre.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU TERRITOIRE  
DU YUKON

<sup>c</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Normes d'application de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés.*

**Lois et règlements cités**

<sup>d</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 24(1).

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Yukon (1985), 22 C.C.C. (3d) 181, qui a accueilli un appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé à l'égard d'une accusation de vol avec effraction. Pourvoi rejeté.

*Penelope Gawn*, pour l'appelant.

<sup>f</sup> *Julius A. Isaac* et *David Gates*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

<sup>g</sup> LE JUGE EN CHEF—M<sup>e</sup> Isaac, nous n'avons pas besoin de vous entendre.

<sup>h</sup> Ce pourvoi nous est soumis de plein droit. Vu les arrêts de cette Cour dont ne disposait pas le juge de première instance en l'espèce, ce dernier a commis une erreur de droit, au minimum quant à l'application du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

<sup>i</sup> Par conséquent, le pourvoi est rejeté. L'affaire est renvoyée pour qu'un nouveau procès soit tenu.

*Jugement en conséquence.*

<sup>j</sup> *Procureurs de l'appelant: Anton, Campion, MacDonald & Phillips, Whitehorse.*

*Procureur de l'intimée: F. Iacobucci, Ottawa.*

**Salvatore Aiello** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. AIELLO

File No.: 19592.

1987: October 16.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Appeal as of right — No reversible error by the Court of Appeal.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal allowing an appeal from the appellant's acquittal on a charge of robbery. Appeal dismissed.

*John S. Webb*, for the appellant.*Lindsay MacDonald*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—This is an appeal as of right pursuant to s. 618(2)(a) of the *Criminal Code*. We find no reversible error in the majority judgment of the Court of Appeal of Alberta and that Court in our view had jurisdiction to entertain the Crown's appeal.

The appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Bowes, Switzer & Webb, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Duncan, Calgary.*

**Salvatore Aiello** *Appelant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. AIELLO

N° du greffe: 19592.

1987: 16 octobre.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

<sup>c</sup> *Droit criminel — Pourvoi de plein droit — Aucune erreur de la Cour d'appel entraînant cassation.*

<sup>d</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui a accueilli un appel interjeté contre l'acquiescement de l'appelant à l'égard d'une accusation de vol qualifié. Pourvoi rejeté.

*John S. Webb*, pour l'appelant.*Lindsay MacDonald*, pour l'intimée.<sup>e</sup> Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

<sup>f</sup> LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi a été formé de plein droit en vertu de l'al. 618(2)a) du *Code criminel*. Nous sommes d'avis que dans son arrêt rendu à la majorité, la Cour d'appel de l'Alberta n'a pas commis d'erreur justifiant l'annulation et qu'elle pouvait connaître de l'appel du <sup>g</sup> ministère public.

Le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*<sup>h</sup> *Procureurs de l'appelant: Bowes, Switzer & Webb, Calgary.*

*Procureur de l'intimée: Duncan, Calgary.*

**Samuel Doz** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. DOZ

File No.: 19471.

1987: October 19.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Contempt of court — Lawyer cited for contempt of court — Jurisdiction — Whether Provincial Court judge has jurisdiction to entertain a proceeding for contempt before another judge.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1985), 59 A.R. 185, 37 Alta. L.R. (2d) 253, 19 C.C.C. (3d) 434, dismissing an appeal by the appellant from his conviction for contempt of court. Appeal allowed.

*Eileen Crane*, for the appellant.

*J. Steven Koval, Q.C.*, for the respondent.

*Howard F. Morton, Q.C.*, and *Denise Bellamy*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered orally by

BEETZ J.—We are all of the view that the Provincial Court judge had no jurisdiction to entertain a proceeding for contempt before another judge.

The appeal is allowed, the judgment of the Alberta Court of Appeal is set aside and the conviction entered by the trial judge is quashed.

**Samuel Doz** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

"

et

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

b RÉPERTORIÉ: R. c. DOZ

N° du greffe: 19471.

1987: 19 octobre.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain et L'Heureux-Dubé.

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

*d Droit criminel — Outrage au tribunal — Avocat cité à comparaître pour outrage au tribunal — Compétence — Un juge de la Cour provinciale peut-il connaître des poursuites pour outrage au tribunal devant un autre juge?*

*e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1985), 59 A.R. 185, 37 Alta. L.R. (2d) 253, 19 C.C.C. (3d) 434, qui a rejeté un appel interjeté par l'appellant contre sa déclaration de culpabilité pour outrage au tribunal. Pourvoi accepté.*

*Eileen Crane*, pour l'appellant.

*J. Steven Koval, c.r.*, pour l'intimée.

*g Howard F. Morton, c.r.*, et *Denise Bellamy*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*h Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

*i LE JUGE BEETZ*—Nous sommes tous d'avis que le juge de la Cour provinciale ne pouvait pas connaître des poursuites pour outrage au tribunal devant un autre juge.

*j Le pourvoi est accepté, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta est infirmé et la déclaration de culpabilité inscrite par le juge de première instance est annulée.*

It becomes unnecessary to answer the constitutional questions.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Eileen Crane, a*  
*Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: J. Steven Koval,*  
*Edmonton.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General c*  
*of Quebec: The Attorney General of Quebec,*  
*Ste-Foy.*

Il n'est donc plus nécessaire de répondre aux questions constitutionnelles.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelant: Eileen Crane, Edmon-*  
*ton.*

*Procureur de l'intimée: J. Steven Koval,*  
*Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général b*  
*de l'Ontario: Le ministère du Procureur général,*  
*Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général c*  
*du Québec: Le procureur général du Québec,*  
*Ste-Foy.*

**Mario Briglio** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BRIGLIO

File No.: 17957.

1987: October 21.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson,  
Le Dain and L'Heureux-Dubé JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO*Criminal law — Dangerous driving — Whether the Court of Appeal erred in rejecting a finding at trial that the accused drove as he did "probably out of necessity".*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered October 6, 1983, setting aside an acquittal on a charge of dangerous driving and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*W. G. Burke-Robertson, Q.C.*, for the appellant.*Jeff Casey*, for the respondent.The judgment of the Court was delivered orally  
by

BEETZ J.—We are all of the view that the Court of Appeal did not err in setting aside the acquittal and ordering a new trial.

The appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.**Solicitors for the appellant: Kozak & Delorenzi, Sault Ste-Marie.**Solicitor for the respondent: The Attorney General for the Province of Ontario, Toronto.***Mario Briglio** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. BRIGLIO

N° du greffe: 17957.

1987: 21 octobre.

<sup>b</sup> Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain et L'Heureux-Dubé.

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

<sup>c</sup> *Droit criminel — Conduite dangereuse — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rejetant la conclusion du juge du procès selon laquelle l'accusé a conduit comme il l'a fait «probablement par nécessité»?*<sup>d</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 6 octobre 1983, qui a infirmé un acquittement prononcé à l'égard d'une accusation de conduite dangereuse et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.<sup>e</sup> *W. G. Burke-Robertson, c.r.*, pour l'appellant.*Jeff Casey*, pour l'intimée.<sup>f</sup> Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE BEETZ—Nous sommes tous d'opinion que la Cour d'appel n'a pas erré en infirmant l'acquittement et en ordonnant un nouveau procès.

<sup>g</sup> L'appel est rejeté.*Jugement en conséquence.*<sup>h</sup> *Procureurs de l'appellant: Kozak & Delorenzi, Sault Ste-Marie.**Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province de l'Ontario, Toronto.*



**Director of Investigation and Research under the *Combines Investigation Act* Appellant (Intervener)**

v.

**Newfoundland Telephone Company Limited Respondent (Applicant)**

and

**Newfoundland Board of Commissioners of Public Utilities Respondent**

INDEXED AS: CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH UNDER THE *COMBINES INVESTIGATION ACT*) v. NEWFOUNDLAND TELEPHONE CO.

File No.: 18880.

1986: May 29; 1987: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

*Administrative law — Intervention in proceedings before administrative tribunal — Whether public officer whose office is created by statute requires statutory authority to intervene before administrative tribunal with permission of tribunal — Authority of tribunal to permit intervention — Competition Act, S.C. 1986, c. 26, ss. 97 (formerly Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 27.1, ad. 1974-75-76, c. 76, s. 9), 98 — Public Utilities Act, R.S.N. 1970, c. 322, ss. 14, 18, 23(g), 40, 60, 73, 81, 96 (as am. 1975-76, No. 56, s. 9), 113(2).*

The Newfoundland Board of Commissioners of Public Utilities permitted the Director of Investigation and Research to intervene in the hearing of an application by the Newfoundland Telephone Co. despite the Company's objection that the Director lacked the statutory authority to intervene before a provincial board and that his appearance was not relevant to the Company's application. The Director's standing as an intervener was recognized on the understanding that he would confine his representations and evidence to the issue before the Board.

The Court of Appeal unanimously allowed the Company's appeal. At issue here were: (a) whether a public officer whose office has been created by statute requires statutory authority, express or implied, to intervene in

**Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* Appelant (Intervenant)**

a c.

**Newfoundland Telephone Company Limited Intimée (Requérante)**

et

b **Newfoundland Board of Commissioners of Public Utilities Intimée**

RÉPERTORIÉ: CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES EN VERTU DE LA *LOI RELATIVE AUX ENQUÊTES SUR LES COALITIONS*) c. NEWFOUNDLAND TELEPHONE CO.

N° du greffe: 18880.

1986: 29 mai; 1987: 19 novembre.

d

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

e

*Droit administratif — Intervention dans une instance devant un tribunal administratif — Un agent de l'État dont la charge a été créée a-t-il le pouvoir légal d'intervenir devant un tribunal administratif avec l'autorisation du tribunal? — Pouvoir du tribunal d'autoriser l'intervention — Loi sur la concurrence, S.C. 1986, chap. 26, art. 97 (anciennement Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 27.1, aj. 1974-75-76, chap. 76, art. 9), 98 — Public Utilities Act, R.S.N. 1970, chap. 322, art. 14, 18, 23g), 40, 60, 73, 81, 96 (mod. 1975-76, No. 56, art. 9), 113(2).*

f

La Newfoundland Board of Commissioners of Public Utilities avait autorisé le directeur des enquêtes et recherches à intervenir à l'audition d'une demande de la Newfoundland Telephone Co., en dépit de l'opposition de celle-ci, au motif que le directeur ne jouissait pas du pouvoir légal d'intervenir devant une commission provinciale et que sa comparution n'était pas pertinente au regard de la demande de la compagnie. La qualité pour agir à titre d'intervenant a été reconnue au directeur, étant entendu qu'il devait confiner ses observations et les preuves qu'il offrirait au litige dont la Commission était saisie.

i

j

La Cour d'appel, à l'unanimité, a accueilli l'appel formé par la compagnie. Les points suivants sont en cause: a) un agent de l'État dont la charge a été créée par la loi doit-il détenir, expressément ou implicitement,

his official capacity in proceedings before an administrative tribunal, with the permission of the tribunal, to make representations and adduce evidence with respect to the public policy for which he is responsible; (b) if so, whether an administrative tribunal may validly permit such intervention despite the lack of such authority; and (c) if not, whether the Director had statutory authority to intervene in proceedings before a provincial regulatory tribunal, with the permission of the tribunal, to make representations and adduce evidence with respect to the competition implications of an application by a provincial public utility for approval of an extension of its service.

*Held:* The appeal should be dismissed.

A public officer requires statutory authority, express or implied, to intervene in his official capacity in proceedings before an administrative tribunal, with the permission of the tribunal, to make representations and adduce evidence with respect to the public policy for which he is responsible. Such an action, although it does not have regulatory effects, may have consequences for the rights, obligations or interests of others. It is an assertion, in an adjudicative context, of the authority and expertise of a public official. In such a case, a public officer puts the weight of his opinion and knowledge, acquired in the exercise of his official duties, on the adjudicative scales. He extends, on his own initiative, the effective reach and influence of his office and authority with potential direct legal effect. Whether he should have the power or right to do so is a matter of legislative policy and thus of statutory authority.

There is no meaningful distinction to be drawn here between authority and capacity. Everything that a public officer, whose office has been created and defined by statute, does in his official capacity must find its ultimate legal foundation in statutory authority. Nothing that he does in his official capacity can be viewed as the exercise of a private right or liberty or as the exercise of the capacity of a natural person.

There is no decisive distinction to be drawn, in so far as the necessity of statutory authority is concerned, between intervention as of right and intervention with the permission of a tribunal. Both kinds of intervention are official acts having potential consequences for the parties to proceedings before an administrative tribunal. Intervention as of right merely has the additional quality of imposing upon the procedure of the tribunal.

le pouvoir légal d'intervenir en sa qualité officielle dans une instance se déroulant devant un tribunal administratif, avec l'autorisation du tribunal, afin de présenter des observations et des preuves relatives à l'intérêt public qu'il a la responsabilité de défendre? b) Dans l'affirmative, un tribunal administratif peut-il néanmoins valablement autoriser une intervention en l'absence d'un tel pouvoir? c) Dans la négative, le directeur détient-il le pouvoir légal d'intervenir dans une instance se déroulant devant un tribunal réglementaire provincial, avec l'autorisation de ce tribunal, afin de présenter des observations et des preuves sur les conséquences, pour la concurrence, de la demande d'une entreprise de service public visant l'approbation de l'extension de son service.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

La loi doit, expressément ou implicitement, conférer à un agent de l'État un pouvoir d'intervention, es qualité, dans une instance dont est saisi un tribunal administratif, pour lui permettre, avec l'autorisation du tribunal, de présenter des observations et des preuves au regard de l'intérêt public qu'il a la responsabilité de défendre. Une telle démarche, même si elle n'a pas d'effet réglementaire, peut avoir des conséquences pour les droits, les obligations ou les intérêts des tiers. C'est une affirmation, dans un contexte judiciaire, d'autorité et de compétence de la part d'un agent de l'État. Dans un tel cas, ce dernier met le poids de son opinion et de ses connaissances, acquises dans l'exercice de ses fonctions officielles, sur les plateaux de la balance de la justice. Il élargit, de sa propre initiative, la portée et l'influence effectives de sa charge et de son autorité, ce qui aura éventuellement un effet juridique direct. Qu'il doive ou non détenir ce pouvoir ou ce droit est une question de politique législative et par conséquent de pouvoir légal.

Il n'y a pas de distinction significative à tirer à cet égard entre pouvoir et capacité. Tout ce qu'un agent de l'État, dont la charge a été créée et définie par une loi, fait à titre officiel doit trouver son fondement juridique ultime dans l'autorité de la loi. Rien de ce qu'il fait à titre officiel ne saurait être considéré comme l'exercice d'un droit ou d'une liberté privés ni comme l'exercice par une personne physique de sa capacité d'agir.

Il n'y a pas de distinction décisive, dans la mesure où la nécessité d'un pouvoir légal est en cause, entre une intervention de plein droit et une intervention avec l'autorisation du tribunal. Les deux interventions constituent des actes officiels pouvant éventuellement avoir des conséquences pour les parties à l'instance dont est saisi le tribunal administratif. L'intervention de plein droit n'a qu'une caractéristique additionnelle, celle de prévaloir sur la procédure dont s'est doté le tribunal.

If a discretionary authority to permit intervention is not expressly conferred on the Board under the Act by the general power to "make all necessary examinations and inquiries" and the specific powers to conduct hearings in certain cases, it exists by implication as necessary to the effective exercise of these express powers.

Whatever scope may be reasonably assigned to the implied power or discretion of the Board to permit intervention, it cannot have been intended that the Board should have authority to permit intervention by a public officer in his official capacity if the officer has been denied the necessary authority to intervene by his governing statute. The question whether the officer has the necessary statutory authority, if raised by a party to the proceedings before the Board is a collateral one on which the Board cannot be expected to pronounce with finality, but it is one which limits the scope of the Board's discretion to permit intervention. To permit intervention where a public officer is shown to lack the necessary authority to intervene would be to permit him to exceed his authority and thus would be contrary to a fundamental principle of public law. There cannot be an implied power to effect such a result.

Section 27.1 deals exhaustively with the authority of the Director to intervene for the purposes indicated, either as of right or with the permission of a board, commission or other tribunal. It is a clear implication, that the Act, as it stood at the relevant time, denied the Director the necessary authority to intervene before a provincial board with the permission of the board. The maxim *expressio unius est exclusio alterius* applies. Section 27.1 cannot have been intended to be merely a specific statutory recognition of an authority that would exist apart from statute, and the limitation to federal boards, commissions or other tribunals, cannot, because of the emphasis it is given by the definition of such boards, commissions and other tribunals, be assumed to have been a matter of inadvertence.

#### Cases Cited

**Considered:** *Re Hunter and Board of Public Utilities of New Brunswick* (1984), 8 D.L.R. (4th) 454; *Re Maritime Telegraph & Telephone Co. and Board of Commissioners of Public Utilities* (1981), 125 D.L.R. (3d) 252; **referred to:** *Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board*, [1978] 1 F.C. 601.

#### Statutes and Regulations Cited

*Civil Procedure Rules* (Nova Scotia), r. 8.01.  
*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 27.1.

Si le pouvoir discrétionnaire d'autoriser une intervention n'est pas expressément conféré à la Commission par la Loi, en vertu du pouvoir général de «procéder à tous les examens et enquêtes nécessaires» et des pouvoirs exprès de tenir des audiences dans certains cas, ce pouvoir existe néanmoins implicitement, lorsqu'il s'avère nécessaire à l'exercice des pouvoirs exprès.

Quelle que soit la portée que l'on puisse raisonnablement attribuer au pouvoir implicite ou discrétionnaire de la Commission, quand elle autorise une intervention, on ne peut avoir voulu qu'elle détienne le pouvoir d'autoriser l'intervention d'un agent de l'État, à titre officiel, si la loi qui le régit lui refuse l'autorité nécessaire pour intervenir. La question de savoir si l'agent a le pouvoir légal nécessaire, lorsqu'une partie à l'instance la soulève devant la Commission, n'est qu'un incident d'instance et on ne peut s'attendre à ce que la décision de la Commission à cet égard soit définitive; néanmoins elle restreint le pouvoir discrétionnaire de la Commission d'autoriser une intervention. Autoriser l'intervention, lorsqu'il est démontré que l'agent de l'État n'a pas le pouvoir nécessaire pour intervenir, ce serait l'autoriser à commettre un excès de pouvoir, ce qui est contraire à un principe fondamental du droit public. Aucun pouvoir implicite ne peut avoir ce résultat.

L'article 27.1 traite exhaustivement du pouvoir d'intervention du directeur pour les fins indiquées, soit de plein droit, soit avec l'autorisation de l'office, de la commission ou de quelque autre tribunal. Il en découle donc clairement que la Loi, dans la forme qu'elle revêtait à l'époque pertinente, refuse au directeur le pouvoir d'intervention nécessaire pour agir devant une commission provinciale, avec l'autorisation de celle-ci. La maxime *expressio unius est exclusio alterius* s'applique. On ne peut avoir voulu que l'art. 27.1 ne soit qu'une reconnaissance législative expresse d'un pouvoir existant indépendamment de la loi, et sa limitation aux offices, commissions ou autres tribunaux fédéraux ne saurait, vu l'importance qu'on y a accordé en définissant ces organismes, être considérées comme accidentelles.

#### Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *Re Hunter and Board of Public Utilities of New Brunswick* (1984), 8 D.L.R. (4th) 454; *Re Maritime Telegraph & Telephone Co. and Board of Commissioners of Public Utilities* (1981), 125 D.L.R. (3d) 252; **arrêt mentionné:** *Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 C.F. 601.

#### Lois et règlements cités

*Civil Procedure Rules* (Nouvelle-Écosse), art. 8.01.  
*Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 27.1.

*Competition Act*, S.C. 1986, c. 26, ss. 97 (formerly *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 27.1, ad. 1974-75-76, c. 76, s. 9), 98.

*Newfoundland Regulation 103/78*.

*Public Utilities Act*, R.S.N. 1970, c. 322, ss. 14, 18, 23(g), 40, 60, 73, 81, 96 (as am. 1975-76, No. 56, s. 9), 113(2).

*Public Utilities Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-27, ss. 5(1), 8, 22, 23, 24.

#### Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1984.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1984), 8 D.L.R. (4th) 617, 47 Nfld. & P.E.I.R. 277, 139 A.P.R. 277, allowing an appeal from an order of the Newfoundland Board of Commissioners of Public Utilities, P.U. No. 29 (1982). Appeal dismissed.

*W. J. Miller and Bruce Russell*, for the appellant.

*E. J. Kipnis*, for the respondent Newfoundland Telephone Company Limited.

*Ian F. Kelly*, for the respondent Newfoundland Board of Commissioners of Public Utilities.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—This appeal raises the following questions: (a) whether a public officer whose office has been created by statute requires statutory authority, express or implied, to intervene in his official capacity in proceedings before an administrative tribunal, with the permission of the tribunal, to make representations and adduce evidence with respect to the public policy for which he is responsible; (b) if so, whether an administrative tribunal may validly permit such intervention despite the lack of such authority; and (c) if not, whether the Director of Investigation and Research under the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended by 1974-75-76, c. 76, had statutory authority to intervene in proceedings before a provincial regulatory tribunal, with the permission of the tribunal, to make representations and adduce evidence with respect

*Loi sur la concurrence*, S.C. 1986, chap. 26, art. 97 (anciennement *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 27.1, aj. 1974-75-76, chap. 76, art. 9), 98.

<sup>a</sup> *Loi sur les entreprises de service public*, L.R.N.-B. 1973, chap. P-27, art. 5(1), 8, 22, 23, 24.

*Newfoundland Regulation 103/78*.

*Public Utilities Act*, R.S.N. 1970, chap. 322, art. 14, 18, 23(g), 40, 60, 73, 81, 96 (mod. 1975-76, No. 56, art. 9), 113(2).

<sup>b</sup>

#### Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1984.

<sup>c</sup>

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1984), 8 D.L.R. (4th) 617, 47 Nfld. & P.E.I.R. 277, 139 A.P.R. 277, qui a accueilli un appel interjeté d'une ordonnance de la Newfoundland Board of Commissioners of Public Utilities, P.U. No. 29 (1982). Pourvoi rejeté.

<sup>d</sup>

*W. J. Miller et Bruce Russell*, pour l'appellant.

<sup>e</sup>

*E. J. Kipnis*, pour l'intimée Newfoundland Telephone Company Limited.

<sup>f</sup>

*Ian F. Kelly*, pour l'intimée Newfoundland Board of Commissioners of Public Utilities.

Version française du jugement de la Cour rendu par

<sup>g</sup>

LE JUGE LE DAIN—Le pourvoi soulève les questions suivantes: a) un agent de l'État dont la charge a été créée par la loi doit-il détenir, expressément ou implicitement, le pouvoir légal d'intervenir en sa qualité officielle dans une instance se déroulant devant un tribunal administratif, avec l'autorisation du tribunal, afin de présenter des observations et des preuves relatives à l'intérêt public qu'il a la responsabilité de défendre? b) Dans l'affirmative, un tribunal administratif peut-il néanmoins valablement autoriser cette intervention en l'absence d'un tel pouvoir? c) Dans la négative, le directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, modifiée par 1974-75-76, chap. 76, détient-il le pouvoir légal d'intervenir dans une instance se déroulant devant un tribunal réglementaire provincial, avec

<sup>h</sup>

<sup>i</sup>

<sup>j</sup>

to the competition implications of an application by a provincial public utility for approval of an extension of its service.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Newfoundland Court of Appeal on April 26, 1984, 8 D.L.R. (4th) 617, allowing the appeal from an order of the Newfoundland Board of Commissioners of Public Utilities on June 11, 1982, which permitted the Director to intervene in the hearing of an application by the respondent Newfoundland Telephone Company Limited, despite the objection of the Company to such intervention on the ground that the Director lacked the statutory authority to intervene before a provincial board. The appeal in this Court was heard at the same time as the appeal in *Canada (Director of Investigation and Research under the Combines Investigation Act) v. New Brunswick Telephone Co.*, [1987] 2 S.C.R. 485, in which, on the question whether a provincial board could properly permit the Director to intervene in proceedings before it, the New Brunswick Court of Appeal came to a conclusion different from that of the Newfoundland Court of Appeal. In this Court a common submission was made on behalf of the Director in the two appeals. It will therefore be necessary to refer to the *New Brunswick Telephone Co.* appeal in the course of these reasons.

## I

On April 27, 1982, the Company applied to the Board for authorization of the addition to its services of a "Dial Access to Radio Paging Service" and approval of the related "Newfoundland Telephone Paging System Interface Standards". The hearing of the Company's application was set for May 20, 1982, and on May 17, 1982 the Director gave notice of his intention to intervene in the application and hearing. At the hearing, on June 3, 1982, the Company objected to the proposed intervention on the grounds that the Director did not have the "statutory power" to appear before the Board and that his appearance was not relevant to the Company's application. After argument on this issue, the Chairman of the Board indicated orally that the Board would recognize the "standing" of the Director as an intervener on the understanding

l'autorisation de ce tribunal, afin de présenter des observations et des preuves sur les conséquences, pour la concurrence, de la demande d'une entreprise provinciale de service public visant l'approbation de l'extension de son service.

Le pourvoi, qui a reçu l'autorisation de la Cour, est formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve du 26 avril 1984, 8 D.L.R. (4th) 617, qui a accueilli l'appel interjeté de l'ordonnance de la Newfoundland Board of Commissioners of Public Utilities du 11 juin 1982, laquelle avait autorisé le directeur à intervenir à l'audition de la demande de l'intimée, Newfoundland Telephone Company Limited, en dépit de l'opposition de cette dernière à cette intervention, au motif que le directeur n'avait pas, de par la loi, le pouvoir d'intervenir devant une commission provinciale. La Cour a entendu ce pourvoi en même temps que l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions) c. New Brunswick Telephone Co.*, [1987] 2 R.C.S. 485, où, à la question de savoir si une commission provinciale peut autoriser le directeur à intervenir dans une instance dont elle est saisie, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a donné une réponse différente de celle de la Cour d'appel de Terre-Neuve. Devant cette Cour, une thèse commune a été soutenue au nom du directeur dans les deux pourvois. Il sera donc nécessaire de se reporter au pourvoi formé par la *New Brunswick Telephone Co.* au cours des présents motifs.

## g

## I

Le 27 avril 1982, la compagnie a demandé à la Commission l'autorisation d'adjoindre à ses services un «service de téléappel par accès direct» ainsi que l'approbation des normes d'interface correspondantes relatives aux systèmes de téléavertissement de Terre-Neuve. L'audition de la demande de la compagnie a été fixée au 20 mai 1982 et, le 17 mai, le directeur notifiait son intention d'intervenir à l'audience. À l'audience, le 3 juin 1982, la compagnie s'est opposée à l'intervention projetée au motif que le directeur ne jouissait pas du [TRADUCTION] «pouvoir légal» de comparaître devant la Commission et que sa comparution n'était pas pertinente au regard de la demande de la compagnie. Après le débat sur cette question, le président de la Commission a déclaré que la Commission reconnaîtrait au directeur «qualité pour

that he would confine his representations and evidence to the issue before the Board. On June 11, 1982, the Board issued a formal order, P.U. No. 29 (1982), dismissing the objection of the Company and permitting the Director to appear and be heard before the Board on the Company's application.

The Company appealed from the Board's order to the Newfoundland Court of Appeal pursuant to s. 96 of *The Public Utilities Act*, R.S.N. 1970, c. 322, which, as amended by 1975-76, No. 56, s. 9, provides that an appeal lies from a decision of the Board to the Court of Appeal on any question of jurisdiction or law. The Court of Appeal unanimously allowed the Company's appeal, holding that in permitting the Director to intervene the Board improperly exercised its discretion to permit intervention because the Director lacked both the "status" under the *Combines Investigation Act* to intervene before a provincial board and an interest in the application before the Board. The Director had contended that he had the capacity of a natural person to intervene in proceedings before the Board. Mifflin C.J.N., with whom Morgan and Gushue J.J.A. concurred, held that, as the holder of an office created by statute, the Director, acting as such, had only such powers or rights as the statute creating his office conferred on him. Noting that s. 27.1 of the *Combines Investigation Act* expressly empowered the Director to make representations and adduce evidence before any federal board, commission or other tribunal, Mifflin C.J.N. held that the Act did not confer authority on the Director to intervene before a provincial board, at least when he was not, as he acknowledged, carrying out his investigative or other duties under the Act. The Court of Appeal further held that an intervener must have an interest in an application before the Board and that the Director's desire to be of assistance to the Board did not constitute a sufficient interest.

agir» à titre d'intervenant, étant entendu qu'il devrait confiner ses observations et les preuves qu'il présenterait au litige dont la Commission était saisie. Le 11 juin 1982, la Commission rendait une ordonnance formelle, P.U. No. 29 (1982), rejetant l'opposition de la compagnie et autorisant le directeur à comparaître et à se faire entendre devant la Commission au regard de la requête de la compagnie.

La compagnie a interjeté appel de l'ordonnance de la Commission à la Cour d'appel de Terre-Neuve sur le fondement de l'art. 96 de *The Public Utilities Act*, R.S.N. 1970, chap. 322, modifié par 1975-76, No. 56, art. 9, qui prévoit qu'il peut être interjeté appel d'une décision de la Commission à la Cour d'appel sur les questions de compétence ou de droit. La Cour d'appel, à l'unanimité, a fait droit à l'appel de la compagnie, jugeant qu'en autorisant le directeur à intervenir, la Commission avait indûment exercé son pouvoir discrétionnaire parce que le directeur n'avait pas, en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, «qualité» pour intervenir devant une commission provinciale et, de plus, qu'il n'avait pas d'intérêt dans la demande dont la Commission était saisie. Le directeur avait soutenu qu'à titre de personne physique il jouissait de la capacité d'intervenir dans une instance se déroulant devant la Commission. Le juge en chef Mifflin de Terre-Neuve, aux motifs duquel les juges Morgan et Gushue ont souscrit, a jugé qu'à titre de titulaire d'une charge créée par la loi, le directeur n'avait, dans ses fonctions, que les pouvoirs ou les droits que lui confère la loi qui crée sa charge. Prenant acte que l'art. 27.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* attribue expressément au directeur le pouvoir de présenter des observations et des preuves devant tout office, commission ou autre tribunal fédéral, le juge en chef Mifflin a conclu que la Loi ne lui avait pas attribué le pouvoir d'intervenir devant une commission provinciale, à tout le moins parce qu'il n'exerçait pas alors, comme il l'a reconnu, une fonction investigatrice ou quelque autre fonction en vertu de la loi. La Cour d'appel a en outre jugé que l'intervenant doit avoir un intérêt dans la demande dont la Commission est saisie et que le désir exprimé par le directeur de venir en aide à la Commission ne constituait pas un intérêt suffisant.

The Court of Appeal did not refer to the judgment of the New Brunswick Court of Appeal in the *New Brunswick Telephone Co.* case (*Re Hunter and Board of Public Utilities of New Brunswick* (1984), 8 D.L.R. (4th) 454), which had been rendered some two weeks earlier, but referred with approval to the decision of Pace J.A. of the Nova Scotia Court of Appeal, sitting in chambers, in the *Maritime Telegraph & Telephone Co.* case (*Re Maritime Telegraph & Telephone Co. and Board of Commissioners of Public Utilities* (1981), 125 D.L.R. (3d) 252). In that case, Pace J.A. had to consider whether the Director, who sought to intervene in an appeal to the Nova Scotia Court of Appeal from a decision of the Nova Scotia Board of Commissioners of Public Utilities, had "an interest in the subject matter of the proceeding", as required by r. 8.01 of the *Civil Procedure Rules* of Nova Scotia. The Director had not intervened in the application before the Board. In determining whether the Director had the requisite interest, Pace J.A. found it necessary to consider his powers under the *Combines Investigation Act*. He said at p. 253: "The powers of the Director to intervene are circumscribed by s. 27.1(1) of the Act. The Director is empowered to make representations before federal boards, commissions and tribunals. As far as I can ascertain, there are no similar powers bestowed upon the Director to intervene before provincial bodies and, even if there were, I would have grave doubts whether such legislation would be in the competency of the Parliament of Canada." He concluded on the issue before him as follows at p. 253: "In view of the foregoing, it is my opinion that the Director does not have the statutory authority to intervene and that he has no claim or interest in the subject-matter of the proceedings as defined by Rule 8.01 of the *Civil Procedure Rules* and the application should be dismissed."

In the *New Brunswick Telephone Co.* case, the Director sought to intervene in the hearing by the New Brunswick Board of Commissioners of Public

La Cour d'appel n'a pas mentionné l'arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'affaire *New Brunswick Telephone Co.* (*Re Hunter and Board of Public Utilities of New Brunswick* (1984), 8 D.L.R. (4th) 454) prononcé quelque deux semaines auparavant, mais elle s'est référée, en l'approuvant, à la décision du juge Pace de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, siégeant en son cabinet, dans l'affaire *Maritime Telegraph & Telephone Co.* (*Re Maritime Telegraph & Telephone Co. and Board of Commissioners of Public Utilities* (1981), 125 D.L.R. (3d) 252). Dans cette affaire, le juge Pace a eu à examiner si le directeur, qui voulait intervenir dans un appel, interjeté en Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, contre une décision du Nova Scotia Board of Commissioners of Public Utilities, avait [TRADUCTION] «un intérêt dans l'objet de l'instance», comme l'exigeait l'art. 8.01 des *Civil Procedure Rules* de la Nouvelle-Écosse. Le directeur n'était pas intervenu à l'audition de la demande devant la Commission. Pour décider si le directeur avait l'intérêt requis, le juge Pace a estimé nécessaire d'étudier ses pouvoirs en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Il dit, à la p. 253: [TRADUCTION] «Les pouvoirs d'intervention du directeur sont circonscrits par le par. 27.1(1) de la Loi. Le directeur a le pouvoir de se faire entendre devant les offices, commissions et tribunaux fédéraux. Dans la mesure où je puis l'établir, aucun pouvoir semblable n'a été attribué au directeur pour qu'il puisse intervenir devant des organismes provinciaux et, même si c'était le cas, j'entretiens des doutes sérieux quant à la compétence du Parlement du Canada d'adopter une disposition de ce genre.» Il statue sur le litige dont il a été saisi en ces termes, à la p. 253: [TRADUCTION] «Vu ce qui précède, je suis d'avis que le directeur ne détient pas le pouvoir légal d'intervenir et qu'il ne peut faire valoir aucune prétention ni aucun intérêt au regard de l'objet de l'instance, selon la définition donnée par l'art. 8.01 des *Civil Procedure Rules*; la demande est donc rejetée.»

Dans l'affaire *New Brunswick Telephone Co.*, le directeur voulait intervenir à l'audition, devant la Commission des entreprises de service public du

Utilities of an application by the New Brunswick Telephone Co. for confirmation by the Board of the Company's interpretation of clauses in its general tariff respecting the imposition of standard service charges. The question was whether the Company was required to impose standard service charges on the transfer of customers from one service to another pursuant to the Company's acquisition of the assets of certain businesses. The Director notified the Board that he wished to intervene because of a complaint he had received from a competing answering service concerning the Company's proposal not to impose standard service charges in such a case, and he referred to his "long standing interest in promoting competition in telecommunications services and ensuring that telephone companies do not engage in unfair competitive practices in these markets." The Company objected to the proposed intervention, and the Board ruled against the Director. Referring to the reasoning of Pace J.A. in the *Maritime Telegraph & Telephone Co.* case as compelling, the Board concluded that the Director did not have "the capacity to appear or be represented before this Board, as a party, or to intervene in any manner before this Board." The Director applied to the Court of Queen's Bench for judicial review of the Board's decision. Hoyt J. (as he then was) dismissed the Director's application. He said that while he had some reservation concerning the opinion of Pace J.A. in the *Maritime Telegraph & Telephone Co.* case as to the effect of s. 27.1 of the *Combines Investigation Act* on the authority of the Director to intervene before a provincial board, he was not disposed to disagree with it. He noted that the same issue was pending before the Newfoundland Court of Appeal. He also observed that the application could be dismissed on the further ground that, since the Director did not seek to have the hearing resumed to permit his participation, the question of his authority or capacity to intervene before the Board had become academic.

Nouveau-Brunswick, d'une demande de la New Brunswick Telephone Co. qui visait à obtenir de la Commission une confirmation de son interprétation des clauses de son tarif ordinaire sur les frais imposables pour son service de base. La compagnie était-elle obligée d'imposer ces frais pour le service de base aux clients transférés d'un service à un autre à la suite de l'acquisition, par la compagnie, des avoirs de certaines entreprises? Le directeur avait notifié la Commission qu'il désirait intervenir par suite de la plainte déposée par un service concurrent de secrétariat pour abonnés absents, au sujet du projet de la compagnie de ne pas imposer de frais de service de base pour ce genre de service, et il faisait valoir son [TRADUCTION] «intérêt, depuis toujours, à promouvoir la concurrence au sein des services de télécommunications et à s'assurer que les compagnies de téléphone ne se livrent pas à des pratiques de concurrence déloyale dans ces marchés.» La compagnie s'est opposée à l'intervention et la Commission a rejeté la demande du directeur. Qualifiant de décisif le raisonnement du juge Pace dans l'affaire *Maritime Telegraph & Telephone Co.*, la Commission a conclu que le directeur ne détenait pas [TRADUCTION] «la capacité de comparaître ni d'être représenté devant la Commission, que ce soit à titre de partie ou d'intervenant au litige dont elle est saisie.» Le directeur s'est adressé à la Cour du Banc de la Reine, pour obtenir un examen judiciaire de la décision de la Commission. Le juge Hoyt (maintenant juge d'appel) a rejeté la demande du directeur. Bien que, a-t-il dit, il eût quelques réserves concernant l'opinion du juge Pace dans l'arrêt *Maritime Telegraph & Telephone Co.* quant à l'effet de l'art. 27.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* sur le pouvoir du directeur d'intervenir devant une commission provinciale, il n'était pas prêt à être en désaccord. Il a pris acte qu'un litige semblable était alors pendant devant la Cour d'appel de Terre-Neuve. Il a fait aussi observer que la demande pouvait être rejetée au motif supplémentaire que, puisque le directeur n'avait pas demandé la reprise de l'audition afin de pouvoir y participer, la question de son pouvoir ou de sa capacité à intervenir devant la Commission devenait purement théorique.



The New Brunswick Court of Appeal (Stratton, La Forest and Angers JJ.A.) unanimously allowed the appeal from this judgment and quashed the Board's decision. Stratton J.A. (as he then was), with whom Angers J.A. concurred, held that the Board and the Court of Queen's Bench were "in error in concluding that the Director did not have the power or capacity to appear or be represented before the Board." After referring to the distinction suggested by counsel for the Director between statutory authority to intervene as of right before a board and power or capacity to intervene with the permission of a board, Stratton J.A. concluded that s. 27.1 of the *Combines Investigation Act* did not prevent the Director from intervening before a provincial board with the permission of the board. He said at p. 457:

In my view, s. 27.1 simply empowers the Director to intervene before federal boards or commissions as of right regardless of their internal procedures. But in proceedings such as the present one, where the Director seeks to intervene before a provincial board, he does not intervene as of right but rather must request the Board to permit an intervention in the same way the Board would consider interventions from any interested party. In deciding whether to permit the Director to intervene, the Board need look no further than its own rules of practice and procedure to resolve the issue. Generally speaking, in determining whether the Director may intervene, a board or commission must simply be satisfied that the Director has a valid interest in participating and can be of assistance in the proceedings.

After noting that the *Public Utilities Act* empowered the Board to "make all necessary examinations and inquiries" and that while the Board had not adopted rules of procedure, as it was empowered to do, the practice of the Board was "to permit a wide range of interests to intervene before it in proceedings of public concern", Stratton J.A. defined the scope of the Board's discretion to permit intervention as follows at p. 458:

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, formée des juges Stratton, La Forest et Angers, a accueilli à l'unanimité l'appel formé contre ce jugement et a cassé la décision de la Commission. Le juge Stratton (maintenant Juge en chef), aux motifs duquel le juge Angers souscrit, a estimé que la Commission et la Cour du Banc de la Reine ont [TRADUCTION] «eu tort de conclure que le directeur n'avait ni les pouvoirs ni la capacité l'autorisant à comparaître ou à se faire représenter devant la Commission.» Après avoir rappelé la distinction, qu'avait fait valoir l'avocat du directeur, entre le pouvoir légal d'intervenir de plein droit devant une commission et le pouvoir ou la capacité d'intervention avec l'autorisation d'une commission, le juge Stratton a conclu que l'art. 27.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* n'interdit pas au directeur d'intervenir devant une commission provinciale, avec l'autorisation de celle-ci. Il dit, à la p. 457:

[TRADUCTION] À mon avis, l'art. 27.1 autorise simplement le directeur à intervenir de plein droit devant les offices ou commissions fédérales indépendamment de leur procédure interne. Mais, dans une instance comme celle-ci, si le directeur veut intervenir devant une commission provinciale, il n'intervient pas de plein droit, mais il doit plutôt, comme toute autre partie ayant un intérêt, demander à la Commission l'autorisation d'intervenir. Pour décider d'autoriser le directeur à intervenir, la Commission n'a qu'à se reporter à son propre règlement intérieur et à ses règles de procédure pour résoudre la question. D'une manière générale, pour décider si le directeur peut intervenir, l'office ou la commission doivent simplement s'assurer que le directeur possède un intérêt valide à participer à l'instance et que sa présence peut être utile.

Après avoir relevé qu'aux termes des pouvoirs conférés par la *Loi sur les entreprises de service public*, la Commission «procède à tous les examens et à toutes les enquêtes nécessaires» et que, si la Commission n'a pas adopté de règlement intérieur, comme elle a le pouvoir de le faire, elle a pour pratique [TRADUCTION] «d'autoriser un large éventail d'intérêts divers à intervenir devant elle dans les affaires d'intérêt public», le juge Stratton décrit la portée du pouvoir discrétionnaire de la Commission en matière d'intervention en ces termes, à la p. 458:

Since there is no statutory restriction on the Board's right to hear any interested party, and in view of its practice, it is my opinion that the Board has authority to hear such persons as it determines can be of assistance to it in the performance of its function.

La Forest J.A. (as he then was), in separate reasons concurring in the result, held that the Board erred in refusing the Director permission to intervene on the ground that he lacked the capacity to intervene before a provincial board because the Board was not required to consider the capacity of a proposed intervenor in exercising its discretion whether to permit intervention, but only whether the proposed intervenor could be of assistance to the Board. He said at p. 459:

In undertaking its duties (the board not having made any rules to the contrary), it may, in my view, allow anyone to participate in a hearing if it believes this may assist it in the performance of its functions. It is really not specifically concerned with the capacity of a proposed intervenor. The board need simply determine whether or not a proposed intervention will assist it in performing its functions and it must exercise its discretion on that basis.

In the present case, however, it failed to exercise its discretion to hear the director because it believed it could not under the law do so because he did not have the capacity to participate in the hearing. In so doing, I think, the board was in error, and the director, being aggrieved by the failure of the board to exercise its discretion, I would dispose of the appeal as proposed by my brother Stratton.

## II

Section 27.1 of the *Combines Investigation Act*, referred to in the judgments of the Nova Scotia, New Brunswick and Newfoundland Courts of Appeal on the issue of the Director's authority to intervene, was added to the Act in 1975 by S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 9, and reads as follows:

27.1 (1) The Director, at the request of any federal board, commission or other tribunal or upon his own initiative, may, and upon direction from the Minister

[TRADUCTION] Puisqu'il n'existe aucune restriction législative au droit de la Commission d'entendre toute partie intéressée, et vu son mode de fonctionnement, je suis d'avis que la Commission a le pouvoir d'entendre toute personne qu'elle juge susceptible de lui être utile dans l'exercice de sa fonction.

Le juge La Forest (maintenant juge de cette Cour), dans des motifs distincts mais concordants quant au résultat, conclut que la Commission a eu tort de refuser la permission d'intervenir au directeur en invoquant son incapacité à cet égard devant une commission provinciale, puisque la Commission n'avait pas à examiner la capacité d'un éventuel intervenant dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'autoriser ou non l'intervention, mais qu'on lui demandait seulement de rechercher si l'intervenant éventuel pouvait être utile à la Commission. Il dit, à la p. 459:

[TRADUCTION] Dans l'exercice de ses fonctions (la Commission ne s'étant dotée d'aucune règle contraire), elle peut, à mon avis, autoriser qui elle veut à participer à une audience, si elle croit que cela peut lui être utile dans l'exercice de ses fonctions. Elle n'a pas vraiment à s'intéresser d'abord à la capacité de l'éventuel intervenant. Elle n'a qu'à se demander si oui ou non une intervention éventuelle peut lui être utile dans l'exercice de ses fonctions et elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire sur cette base.

En l'espèce, toutefois, elle n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire d'entendre le directeur, car elle croyait qu'elle ne pouvait pas le faire en droit, parce qu'il n'avait pas la capacité de participer à l'audience. Ce faisant, je pense, la Commission a eu tort et le directeur, subissant un préjudice par suite de ce non-exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission, je suis d'avis de statuer sur l'appel comme le propose mon collègue le juge Stratton.

## II

L'article 27.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, auquel se réfèrent les arrêts des cours d'appel de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et de Terre-Neuve, sur la question du pouvoir d'intervention du directeur, a été inséré dans la Loi en 1975 par S.C. 1974-75-76, chap. 76, art. 9, et est ainsi conçu:

27.1 (1) Le directeur peut, à la requête de tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral ou de sa propre initiative, et doit, sur l'ordre du Ministre, présen-

shall, make representations to and call evidence before any such board, commission or other tribunal in respect of the maintenance of competition, whenever such representations or evidence are or is relevant to a matter before the board, commission or other tribunal, and to the factors that the board, commission or other tribunal is entitled to take into consideration in determining such matter.

(2) For the purposes of this section, "federal board, commission or other tribunal" means any board, commission, tribunal or person who is expressly charged by or pursuant to an enactment of Parliament with the responsibility of making decisions or recommendations related directly or indirectly to the production, supply, acquisition or distribution of a product and includes an *ad hoc* commission of inquiry charged with any such responsibility but does not include a court.

Effective June 19, 1986, s. 27.1 of the *Combines Investigation Act* was replaced by s. 97 of the *Competition Act*, which was enacted by S.C. 1986, c. 26, and reads as follows:

97. (1) The Director, at the request of any federal board, commission or other tribunal or on his own initiative, may, and on direction from the Minister shall, make representations to and call evidence before the board, commission or other tribunal in respect of competition, whenever such representations are, or evidence is, relevant to a matter before the board, commission or other tribunal, and to the factors that the board, commission or other tribunal is entitled to take into consideration in determining the matter.

(2) For the purposes of this section, "federal board, commission or other tribunal" means any board, commission, tribunal or person that carries on regulatory activities and is expressly charged by or pursuant to an enactment of Parliament with the responsibility of making decisions or recommendations related directly or indirectly to the production, supply, acquisition or distribution of a product.

At the same time there was added to the Act a s. 98, respecting intervention by the Director before provincial boards, commissions or other tribunals, which reads as follows:

98. (1) The Director, at the request of any provincial board, commission or other tribunal, or on his own initiative with the consent of the board, commission or other tribunal, may make representations to and call evidence before the board, commission or other tribunal

ter des observations et des preuves relativement au maintien de la concurrence à un office, une commission ou un autre tribunal, chaque fois que ces observations ou preuves ont trait à une question dont est saisi cet office, cette commission ou cet autre tribunal et aux facteurs que celui-ci ou celle-ci a le droit d'examiner en vue de régler cette question.

(2) Aux fins du présent article, «office, commission ou autre tribunal fédéral» désigne tout office, toute commission, tout tribunal ou toute personne qui sont expressément chargés, par un texte législatif du Parlement ou en application d'un tel texte, de prendre des décisions ou de faire des recommandations afférentes, directement ou indirectement, à la production, la fourniture, l'acquisition ou la distribution d'un produit et s'entend également d'une commission d'enquête spéciale ayant un tel mandat mais non d'une cour.

À compter du 19 juin 1986, l'art. 27.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* a été remplacé par l'art. 97 de la *Loi sur la concurrence*, adoptée par S.C. 1986, chap. 26, qui se lit ainsi:

97. (1) Le directeur peut, à la requête de tout office, de toute commission ou de tout autre tribunal fédéral ou de sa propre initiative, et doit, sur l'ordre du Ministre, présenter des observations et des preuves relativement au maintien de la concurrence à un office, une commission ou un autre tribunal, chaque fois que ces observations ou preuves ont trait à une question dont est saisi cet office, cette commission ou cet autre tribunal et aux facteurs que celui-ci ou celle-ci a le droit d'examiner en vue de régler cette question.

(2) Aux fins du présent article, «office, commission ou autre tribunal fédéral» désigne tout office, toute commission, tout tribunal ou toute personne qui exerce des activités de réglementation et qui est expressément chargé, par un texte législatif du Parlement ou en application d'un tel texte, de prendre des décisions ou de faire des recommandations afférentes, directement ou indirectement, à la production, la fourniture, l'acquisition ou la distribution d'un produit.

En même temps, était ajouté à la Loi un art. 98, relatif aux interventions du directeur devant les offices, commissions ou autres tribunaux provinciaux, ainsi conçu:

98. (1) Le directeur, à la demande de tout office, de toute commission ou de tout autre tribunal provincial ou de sa propre initiative avec le consentement de l'office, de la commission ou du tribunal en question, peut présenter des observations et soumettre des éléments de

in respect of competition, whenever such representations are, or evidence is, relevant to a matter before the board, commission or other tribunal, and to the factors that the board, commission or other tribunal is entitled to take into consideration in determining the matter.

(2) For the purposes of this section, "provincial board, commission or other tribunal" means any board, commission, tribunal or person that carries on regulatory activities and is expressly charged by or pursuant to an enactment of the legislature of a province with the responsibility of making decisions or recommendations related directly or indirectly to the production, supply, acquisition or distribution of a product.

The future significance of the issue of the Director's authority to intervene before a provincial board with the permission of the board would appear to have been removed by s. 98 of the *Competition Act*, which came into force after the present appeal was argued. Indeed, this issue, as well as the others in the appeal, may have been rendered academic by the fact that in neither the Newfoundland nor the New Brunswick case did the Director appear to seek a resumption of the hearing before the Board in order to participate but rather an opinion from the Court as to whether he required statutory authority to intervene before a provincial board, with the permission of the board, and if so, whether he had such authority under the *Combines Investigation Act*. In view, however, of the possible general significance of the issues in the appeal, despite their rather special or narrow statutory context, I have proceeded on the assumption that the Court should exercise its discretion to decide them, to the extent necessary for the disposition of the appeal.

### III

The first issue in the appeal is whether a public officer requires statutory authority, express or implied, to intervene in his official capacity in proceedings before an administrative tribunal, with the permission of the tribunal, to make representations and adduce evidence with respect

preuve devant cette office, cette commission ou ce tribunal en ce qui concerne la concurrence dans tous les cas où ces représentations ou ces éléments de preuve, selon le cas, sont pertinents aux questions soumises à l'office, à la commission ou au tribunal en question ainsi qu'aux facteurs que cet office, cette commission ou ce tribunal peut prendre en considération dans l'étude de ces questions.

(2) Aux fins du présent article, «office, commission ou autre tribunal provincial» s'entend de tout office, de toute commission, de tout tribunal ou de toute personne qui exerce des activités de réglementation et qui est expressément chargé par un texte législatif de la législation d'une province, ou en application d'un tel texte, de prendre des décisions ou de faire des recommandations afférentes, directement ou indirectement, à la production, à la fourniture, à l'acquisition ou à la distribution d'un produit.

L'importance que pourrait revêtir à l'avenir la question du pouvoir du directeur d'intervenir devant une commission provinciale, avec l'autorisation de celle-ci, disparaît vu l'art. 98 de la *Loi sur la concurrence*, entré en vigueur après l'audition du présent pourvoi. D'ailleurs, cette question, ainsi que tout ce que le pourvoi met en cause, pourrait ne revêtir qu'un intérêt théorique, puisque ni dans le cas de Terre-Neuve ni dans celui du Nouveau-Brunswick le directeur ne paraît avoir demandé une reprise de l'audience devant la Commission afin d'y participer; il a plutôt recherché un avis de la cour sur le point de savoir s'il devait détenir le pouvoir légal pour intervenir devant une commission provinciale, avec l'autorisation de celle-ci, et, en ce cas, si la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* lui attribuait ce pouvoir. Vu néanmoins l'importance générale des points en litige, malgré leur contexte législatif plutôt particulier, voire étroit, j'ai présumé que la Cour devait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, en décider dans la mesure nécessaire pour statuer sur le pourvoi.

### III

Le premier point en l'espèce est de savoir si la loi doit, expressément ou implicitement, conférer à un agent de l'État un pouvoir d'intervention, es qualité, dans une instance dont est saisi un tribunal administratif, pour lui permettre, avec l'autorisation du tribunal, de présenter des observations et

to the public policy for which he is responsible. In my opinion, the answer to that question must be in the affirmative. Such an action, although it does not have regulatory effects, may have consequences for the rights, obligations or interests of others. It is an assertion, in an adjudicative context, of the authority and expertise of a public official. In such a case, a public officer puts the weight of his opinion and knowledge, acquired in the exercise of his official duties, on the adjudicative scales. He extends, on his own initiative, the effective reach and influence of his office and authority with potential direct legal effect. Whether he should have the power or right to do so is a matter of legislative policy and thus of statutory authority.

I do not think there is a meaningful distinction to be drawn in this respect between authority and capacity. In so far as this issue is concerned, they can be treated as synonymous. Everything that a public officer, whose office has been created and defined by statute, does in his official capacity must find its ultimate legal foundation in statutory authority. Nothing that he does in his official capacity can be viewed as the exercise of a private right or liberty, or, as was contended by counsel for the Director before the Newfoundland Court of Appeal, the exercise of the capacity of a natural person. The Director did not seek to intervene as a private individual. He sought to intervene, as his notice of intervention clearly indicates, in his official capacity as the "Director of Investigation and Research, an officer appointed by the Governor-General-in-Council under the authority of the Combines Investigation Act". As such, he sought to bring the authority and expertise of his office to bear on the issues and interests involved in the application before the Board.

Nor do I think that there is a decisive distinction to be drawn, in so far as the necessity of statutory authority is concerned, between intervention as of right and intervention with the permission of a tribunal. Both kinds of intervention are official acts having potential consequences for the parties to proceedings before an administrative tribunal. Intervention as of right merely has the additional

des preuves au regard de l'intérêt public qu'il a la responsabilité de défendre. À mon avis, la réponse à cette question doit être affirmative. Une telle démarche, même si elle n'a pas d'effet réglementaire, peut avoir des conséquences sur les droits, les obligations ou les intérêts des tiers. C'est une affirmation, dans un contexte judiciaire, d'autorité et de compétence de la part d'un agent de l'État. Dans un tel cas, ce dernier met le poids de son opinion et de ses connaissances, acquises dans l'exercice de ses fonctions officielles, sur les plateaux de la balance de la justice. Il élargit, de sa propre initiative, la portée et l'influence effectives de sa charge et de son autorité, ce qui aura éventuellement un effet juridique direct. Qu'il doive ou non détenir ce pouvoir ou ce droit est une question de politique législative et par conséquent de pouvoir légal.

Je ne pense pas qu'il y ait une distinction significative à tirer à cet égard entre pouvoir et capacité. Dans ce contexte, on peut les considérer comme synonymes. Tout ce qu'un agent de l'État, dont la charge a été créée et définie par une loi, fait à titre officiel doit trouver son fondement juridique ultime dans l'autorité de la loi. Rien de ce qu'il fait à titre officiel ne saurait être considéré comme l'exercice d'un droit ou d'une liberté privés ni, comme l'a soutenu l'avocat du directeur devant la Cour d'appel de Terre-Neuve, comme l'exercice de la capacité d'une personne physique. Le directeur n'a pas voulu intervenir à titre de personne privée. Il a voulu intervenir, comme son avis d'intervention l'indique clairement, à titre officiel, à titre de [TRADUCTION] «directeur des enquêtes et recherches, agent nommé par le gouverneur général en conseil en vertu des pouvoirs que lui confère la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions». En tant que tel, il a voulu faire jouer l'autorité et la compétence de sa charge sur les questions et les intérêts en jeu dans la demande dont la Commission était saisie.

Je ne pense pas non plus que soit décisive la distinction, dans la mesure où la nécessité d'un pouvoir légal est en cause, entre une intervention de plein droit et une intervention avec l'autorisation du tribunal. Les deux interventions constituent des actes officiels pouvant éventuellement avoir des conséquences pour les parties à l'instance dont est saisi le tribunal administratif. L'interven-

quality of imposing upon the procedure of the tribunal.

tion de plein droit n'a qu'une caractéristique additionnelle, celle de prévaloir sur la procédure dont a s'est doté le tribunal.

#### IV

The second and closely related issue in this appeal is whether the Board could validly permit the Director to intervene if he did not have the required statutory authority to do so. This question requires consideration of the nature and scope of the Board's authority or discretion to permit intervention. *The Public Utilities Act* of Newfoundland does not contain any explicit provision with respect to intervention. Section 14 of the Act sets out the general powers of the Board as follows: "The Board shall have the general supervision of all public utilities, and may make all necessary examinations and enquiries and keep itself informed as to the compliance by public utilities with the provisions of law and shall have the right to obtain from any public utility all information necessary to enable the Board to fulfil its duties." Other sections of the Act, such as ss. 40, 60, 73 and 81, make specific provision for hearings by the Board, but again make no reference to intervention. Section 18 of the Act empowers the Board to make rules and regulations with respect to its practice and procedure, and *Newfoundland Regulation 103/78* provides for various aspects of the practice and procedure in proceedings before the Board, but contains no reference to intervention. Section 23(g) of the Act provides that the Board may "generally do all things which the Board deems necessary, convenient or advisable for or incidental to the exercise of any of the powers, functions and duties of the Board", and s. 113(2) makes further express provision for the implied powers, which would otherwise exist by virtue of the well established rule of statutory construction, as follows: "The Board hereby created has, in addition to the powers in this Act specified, mentioned and indicated, all additional, implied and incidental powers which may be proper or necessary to carry out, effect, perform and execute all the said powers herein specified, mentioned and indicated."

#### IV

Le second point litigieux étroitement relié au premier dans le pourvoi est de savoir si la Commission pouvait valablement autoriser le directeur à intervenir s'il n'avait pas le pouvoir légal de le faire. Ceci nous oblige à étudier la nature et la portée du pouvoir légal ou discrétionnaire de la Commission d'autoriser une intervention. *The Public Utilities Act* de Terre-Neuve ne comporte aucune disposition expresse en matière d'intervention. L'article 14 de la Loi énonce les pouvoirs généraux de la Commission: [TRADUCTION] "La Commission assume la supervision générale de toutes les entreprises de service public; elle peut procéder à tous les examens et enquêtes nécessaires et elle se tient au courant pour savoir si les entreprises de service public respectent les dispositions de la loi; elle a le droit d'obtenir des entreprises de service public toutes les informations nécessaires pour lui permettre d'exercer ses fonctions." D'autres articles de la Loi, tels les art. 40, 60, 73 et 81, prévoient expressément la tenue d'audience par la Commission, sans, ici encore, qu'il soit fait mention de l'intervention. L'article 18 confère à la Commission le pouvoir d'adopter un règlement intérieur de procédure et le *Newfoundland Regulation 103/78* régit divers aspects de la pratique et de la procédure suivies dans les affaires devant la Commission, mais il ne comporte aucune référence à l'intervention. L'alinéa 23g) de la Loi prévoit que la Commission peut [TRADUCTION] "en général, faire tout ce que la Commission estime nécessaire, convenable ou opportun dans l'exercice de l'une de ses attributions, fonctions et obligations ou tout ce que cet exercice implique", et le par. 113(2) confère encore plus expressément les pouvoirs implicites qui lui seraient autrement reconnus, en vertu de la règle d'interprétation des lois bien établie, dans les termes suivants: [TRADUCTION] "La Commission créée par les présentes détient, outre les pouvoirs spécifiés, mentionnés ou indiqués dans cette loi, tous les pouvoirs additionnels, implicites et corollaires nécessaires ou utiles à l'exercice, à l'accomplissement, à la mise en œuvre et à l'exécution de tous ces pouvoirs.»

There is also an absence of express reference to intervention in the *Public Utilities Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-27, which is applicable in the *New Brunswick Telephone Co.* appeal. Section 5(1) of the New Brunswick Act provides for the general powers of the Board of Commissioners of Public Utilities, in terms similar to those of s. 14 of the Newfoundland Act, as follows: "The Board shall have general supervision of all public utilities and shall make all necessary examinations and inquiries and keep itself informed as to the compliance by public utilities with the provisions of this Act." Sections 22 to 24 of the New Brunswick Act make provision for hearings by the Board but contain no specific reference to intervention. As Stratton J.A. noted in his reasons for judgment, s. 8 of the Act empowers the Board to make rules and regulations with respect to practice and procedure before the Board, but no such rules or regulations have been adopted. Thus in New Brunswick, as in Newfoundland, there is no express provision of law either conferring authority on the Board to permit intervention or restricting the scope of any such authority as may arise by implication.

If a discretionary authority to permit intervention is not expressly conferred under the New Brunswick and Newfoundland Acts by the general power to "make all necessary examinations and inquiries" and the specific powers to conduct hearings in certain cases, it exists, in my opinion, by implication as necessary to the effective exercise of these express powers. Cf. *Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board*, [1978] 1 F.C. 601, at p. 608. The question whether a proposed intervenor must have an interest in the particular application before the Board of the kind suggested by the Newfoundland Court of Appeal or whether it is sufficient, as was held by the New Brunswick Court of Appeal, that a proposed intervenor may be of assistance to the Board in the determination of the issues raised by an application, does not arise for decision unless the Director had the required authority to intervene, with the permission of the Board, or the Board could properly

<sup>a</sup> Il n'y a en outre aucune référence expresse à l'intervention dans la *Loi sur les entreprises de service public*, L.R.N.-B. 1973, chap. P-27, applicable dans le cas du pourvoi de la *New Brunswick Telephone Co.* Le paragraphe 5(1) de la Loi du Nouveau-Brunswick confère à la Commission des entreprises de service public ses pouvoirs généraux en des termes analogues à ceux de l'art. 14 de la loi terre-neuvienne: «La Commission assure la surveillance générale de toutes les entreprises de service public et procède à tous les examens et à toutes les enquêtes nécessaires et se tient au courant pour savoir si les entreprises de service public respectent les dispositions de la présente loi.» Les articles 22 à 24 de la Loi du Nouveau-Brunswick régissent les audiences de la Commission, mais ne comportent aucune référence expresse à l'intervention. Comme le juge Stratton le signale dans ses motifs de jugement, l'art. 8 de la Loi confère à la Commission le pouvoir d'adopter un règlement intérieur de procédure, mais aucun règlement de ce genre n'a été adopté. Ainsi, au Nouveau-Brunswick comme à Terre-Neuve, aucune disposition expresse de la loi ne confère à la Commission le pouvoir d'autoriser une intervention ni ne restreint la portée de tout pouvoir implicite éventuel de ce genre.

<sup>g</sup> Si le pouvoir discrétionnaire d'autoriser une intervention n'est pas expressément conféré par les lois du Nouveau-Brunswick et de Terre-Neuve, en vertu du pouvoir général de «procéder à tous les examens et enquêtes nécessaires» et des pouvoirs exprès de tenir des audiences dans certains cas, ce pouvoir existe néanmoins, à mon avis, implicitement, lorsqu'il s'avère nécessaire à l'exercice effectif des pouvoirs exprès. Cf. *Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'Énergie*, [1978] 1 C.F. 601, à la p. 608. Quant à savoir si un éventuel intervenant doit avoir un intérêt dans la demande particulière dont la Commission est saisie comme le laisse entendre la Cour d'appel de Terre-Neuve ou, au contraire, s'il suffit, comme l'a jugé la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, que la présence de l'intervenant éventuel soit d'une utilité quelconque à la Commission pour trancher les questions soulevées par la demande, cela n'a pas à être décidé à moins que le directeur ne détienne le pouvoir

permit intervention by the Director despite a lack of such authority. It was contended by counsel for the Company that the questions whether a proposed intervenor required an interest in the application before the Board and whether the Director had a sufficient interest were not in issue in the appeal, but in view of the two grounds for judgment in the Newfoundland Court of Appeal the Director cannot succeed in the present appeal unless he succeeds on both the ground of statutory authority and the ground of interest. It will therefore be necessary to consider the question of interest if the Director is found to have the requisite statutory authority to intervene in the proceedings before the Board, with the permission of the Board.

The question that must be confronted now is whether it would be a proper or valid exercise of the Board's discretion to permit intervention if the Director did not have the requisite statutory authority to intervene. On this question, as I have indicated, opinions in the Newfoundland and New Brunswick Courts of Appeal differed. The Newfoundland Court of Appeal was unanimously of the view that the Board improperly exercised its discretion in permitting the Director to intervene when, in the Court's opinion, he lacked the statutory authority to do so. As Mifflin C.J.N. put it at p. 620: "The effect of the decision of the Board is, in my view, tantamount to conferring on the Director a status which was not conferred on him by the Act creating his office. The Board in permitting the Director the right to intervene arrogated to him a right which was not given by the Act creating his office, duties and powers. This the Board cannot do." To similar effect, he said at p. 621: "In my opinion the Board, in defining and establishing the procedure on hearings before it, cannot confer a right on a statutory creature, such as the Director, which the statute itself does not confer." As I read the reasons for judgment of Stratton J.A., with whom Angers J.A. concurred, in the *New Brunswick Telephone Co.* case, he was of the view that either the Director did not require statutory authority to intervene in proceedings before a provincial board, with the permission of

requis pour intervenir, avec l'autorisation de la Commission, ou que la Commission ne puisse, à bon droit, autoriser l'intervention du directeur en l'absence de ce pouvoir. L'avocat de la compagnie a fait valoir que ni la question de la nécessité pour un éventuel intervenant d'avoir un intérêt dans la demande dont la Commission est saisie ni celle de l'existence d'un intérêt suffisant du directeur n'étaient en cause dans le pourvoi, mais, vu le double motif qui soutient l'arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve, le directeur ne saurait avoir gain de cause en l'espèce à moins qu'il ne l'ait à la fois au regard du pouvoir accordé par la loi et au regard de l'intérêt pour agir. Il sera donc nécessaire d'étudier la question de l'intérêt du directeur s'il est constaté qu'il détient le pouvoir légal requis pour intervenir dans l'instance dont la Commission est saisie, avec l'autorisation de la Commission.

La question à laquelle on est alors confronté est de savoir si la Commission exerce valablement son pouvoir discrétionnaire en autorisant l'intervention lorsque le directeur ne détient pas le pouvoir légal requis pour intervenir. Sur cette question, comme je l'ai dit, les avis des cours d'appel de Terre-Neuve et du Nouveau-Brunswick diffèrent. La Cour d'appel de Terre-Neuve a, à l'unanimité, été d'avis que la Commission avait indûment exercé son pouvoir discrétionnaire en autorisant le directeur à intervenir, puisque, de l'avis de la cour, il n'avait pas le pouvoir légal de le faire. Comme le juge en chef Mifflin le dit, à la p. 620: [TRADUCTION] «L'effet de la décision de la Commission équivaut, à mon avis, à conférer au directeur un statut que la loi créant sa charge ne lui a pas conféré. En autorisant le directeur à intervenir, la Commission lui a attribué un droit que la loi qui institue sa charge, ses obligations et ses pouvoirs ne lui avait pas donné. La Commission ne pouvait faire cela». Dans le même sens il dit, à la p. 621: [TRADUCTION] «À mon avis, la Commission, en établissant la procédure applicable à ses audiences, ne saurait conférer un droit à la création d'une loi, comme le directeur, que la loi elle-même ne lui confère pas.» Selon mon interprétation des motifs du juge Stratton, auxquels a souscrit le juge Angers, dans l'arrêt *New Brunswick Telephone Co.*, il était d'avis que ou bien le directeur n'avait pas à détenir un pouvoir légal l'autorisant à inter-



the board, or the Director had the necessary authority, but there is also a possible suggestion in his reasons that in any event the Board was not required to consider the question of the Director's authority to intervene in exercising its discretion whether to permit intervention. I have already quoted the following words, which may be understood in this sense, from the reasons for judgment of Stratton J.A. at p. 457: "In deciding whether to permit the Director to intervene, the Board need look no further than its own rules of practice and procedure to resolve the issue. Generally speaking, in determining whether the Director may intervene, a board or commission must simply be satisfied that the Director has a valid interest in participating and can be of assistance in the proceedings." In any event, this was clearly the view of La Forest J.A., as indicated by the passages from his reasons for judgment which I have quoted above.

On this issue, I am in respectful agreement with the conclusion of the Newfoundland Court of Appeal in the case at bar. Whatever scope may be reasonably assigned to the implied power or discretion of the Board to permit intervention, it cannot have been intended that the Board should have authority to permit intervention by a public officer in his official capacity if the officer has been denied the necessary authority to intervene by his governing statute. The question whether the officer has the necessary statutory authority, if raised by a party to the proceedings before the Board is, of course, a collateral one on which the Board cannot be expected to pronounce with finality, but it is one which limits the scope of the Board's discretion to permit intervention. To permit intervention where a public officer is shown to lack the necessary authority to intervene would be to permit him to exceed his authority and thus would be contrary to a fundamental principle of public law. There cannot be an implied power to effect such a result. It is therefore necessary, in my opinion, to consider whether the Director had statutory authority to intervene in proceedings before a provincial board, with the permission of the board.

venir dans une instance dont une commission provinciale était saisie, avec l'autorisation de la commission, ou bien le directeur détenait le pouvoir nécessaire; mais il est possible aussi que ses motifs laissent entendre que, de toute façon, la Commission n'avait pas à s'interroger sur un éventuel pouvoir d'intervention du directeur en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'autoriser ou non l'intervention. J'ai déjà cité le passage suivant des motifs de l'arrêt du juge Stratton, qui peut être interprété en ce sens, à la p. 457: [TRADUCTION] «Pour décider d'autoriser le directeur à intervenir, la Commission n'a qu'à se reporter à son propre règlement intérieur et à ses règles de procédure pour résoudre la question. D'une manière générale, pour décider si le directeur peut intervenir, l'office ou la commission doivent simplement s'assurer que le directeur possède un intérêt valide à participer à l'instance et que sa présence peut être utile.» Quoi qu'il en soit, c'était clairement là l'opinion du juge La Forest, comme l'indique l'extrait de ses motifs déjà cité.

Sur ce point, je partage, avec égards, la conclusion de la Cour d'appel de Terre-Neuve en l'espèce. Quelle que soit la portée que l'on puisse raisonnablement attribuer au pouvoir implicite ou discrétionnaire de la Commission, quand elle autorise une intervention, on ne peut avoir voulu qu'elle détienne le pouvoir d'autoriser l'intervention d'un agent de l'État, à titre officiel, si la loi qui le régit lui refuse le pouvoir nécessaire pour intervenir. La question de savoir si l'agent a le pouvoir légal nécessaire, lorsqu'une partie à l'instance la soulève devant la Commission, n'est, bien entendu, qu'un incident d'instance et on ne peut s'attendre à ce que la décision de la Commission à cet égard soit définitive; néanmoins elle restreint le pouvoir discrétionnaire de la Commission d'autoriser une intervention. Autoriser l'intervention, lorsqu'il est démontré que l'agent de l'État n'a pas le pouvoir nécessaire pour intervenir, ce serait l'autoriser à commettre un excès de pouvoir, ce qui est contraire à un principe fondamental du droit public. Aucun pouvoir implicite ne peut avoir ce résultat. Il est donc nécessaire, à mon avis, de se demander si le directeur avait le pouvoir légal d'intervenir dans une instance dont est saisie une commission provinciale, avec l'autorisation de celle-ci.

V

This issue turns on the construction and effect to be given to the former s. 27.1 of the *Combines Investigation Act*, which is quoted in Part II of these reasons. In my respectful opinion, the terms of s. 27.1 do not support the conclusion that the only reason for the provision and for its limitation to intervention before federal, as distinct from provincial, boards, commissions or other tribunals, is that it purports only to confer authority to intervene as of right. The statutory duty imposed on the Director, upon direction from the Minister, to make representations and adduce evidence, for the purposes indicated, before a federal board, commission or other tribunal undoubtedly imports an authority to intervene as of right, for otherwise the Director could be prevented from performing his duty. The authority conferred on the Director to act on his own initiative to make representations and adduce evidence before a federal board, commission or other tribunal should also probably be construed as an authority to intervene as of right, but it may also be understood as including authority to intervene with the permission of a board, commission or other tribunal, assuming, for the reasons I have stated, the necessity of such authority. The authority to intervene, at the request of a board, commission or other tribunal, need not be and should not be construed as an authority to intervene as of right. The terms of s. 27.1 thus purport to deal exhaustively with the authority of the Director to intervene for the purposes indicated, either as of right or with the permission of a board, commission or other tribunal. It is therefore a clear implication, in my opinion, that the Act, as it stood at the relevant time, denied the Director the necessary authority to intervene before a provincial board with the permission of the board. In effect, I am of the view that this is a clear case for application of the maxim *expressio unius est exclusio alterius*. I am mindful of the reservations and cautions that have been expressed with reference to this maxim on several occasions in this Court (see Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at pp. 262-66), but its application in the present case does not appear to me to encounter them. In particular, s. 27.1, for the reasons I have indicated, cannot have been intend-

a

V

Ce point est fonction de l'interprétation et de l'effet donnés à l'ancien art. 27.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, cité à la partie II des présents motifs. À mon humble avis, les termes de l'art. 27.1 ne justifient pas la conclusion que la seule raison de la disposition et de sa limitation à l'intervention devant les offices, commissions ou autres tribunaux fédéraux, et non provinciaux, est qu'elle vise seulement à conférer un pouvoir d'intervention de plein droit. L'obligation que la loi impose au directeur, sur l'ordre du Ministre, de présenter des observations et des preuves, pour les fins indiquées, à un office, à une commission ou à un autre tribunal, présuppose indubitablement un pouvoir d'intervention de plein droit, car autrement le directeur ne pourrait faire son devoir. Le pouvoir, qui est conféré au directeur de présenter des observations et des preuves, de sa propre initiative, devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, devrait probablement aussi être interprété comme un pouvoir d'intervention de plein droit, mais on peut aussi comprendre qu'il inclut un pouvoir d'intervention sur autorisation de l'organisme, présumant, pour les raisons que j'ai données, qu'il soit nécessaire de détenir un tel pouvoir. Le pouvoir d'intervention, à la demande d'un office, d'une commission ou d'un autre tribunal, n'a pas à être, et ne devrait pas être, interprété comme un pouvoir d'intervention de plein droit. Les termes de l'art. 27.1 traiteraient donc exhaustivement du pouvoir d'intervention du directeur pour les fins indiquées, soit de plein droit, soit avec l'autorisation de l'office, de la commission ou d'un autre tribunal. Il en découle donc clairement, à mon avis, que la Loi, dans la forme qu'elle revêtait à l'époque pertinente, refuse au directeur le pouvoir d'intervention nécessaire pour agir devant une commission provinciale, avec l'autorisation de celle-ci. En fait, je suis d'avis qu'il s'agit d'une affaire où, clairement, la maxime *expressio unius est exclusio alterius* s'applique. Je sais bien que la Cour a exprimé des réserves et des mises en garde au sujet de cette maxime à plusieurs reprises (voir Côté, *Interprétation des lois* (1982), aux pp. 285 à 288), mais elles ne me paraissent pas viser son application en l'espèce. En particulier, pour les raisons que j'ai déjà données, on ne peut avoir

ed, out of an abundance of caution, to be merely a specific statutory recognition of an authority that would exist apart from statute, and the limitation to federal boards, commissions or other tribunals, cannot, because of the emphasis it is given by the definition of such boards, commissions and other tribunals, be assumed to have been a matter of inadvertence.

In conclusion, then, it is my opinion that the Director lacked the necessary statutory authority to intervene before the Board, with the permission of the Board, and the Board could not validly permit his intervention. I would accordingly dismiss the appeal, with costs to the respondent Newfoundland Telephone Company Limited.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent (applicant) Newfoundland Telephone Company Limited: Chalker, Green & Rowe, St. John's.*

*Solicitors for the respondent Newfoundland Board of Commissioners of Public Utilities: Curtis, Dawe, Russell, Bonnell, Winsor & Stokes, St. John's.*

<sup>a</sup> voulu que l'art. 27.1, par excès de prudence, ne soit qu'une reconnaissance législative expresse d'un pouvoir existant indépendamment de la loi, et sa limitation aux offices, commissions ou autres tribunaux fédéraux ne saurait, vu l'importance qu'on y a accordé en définissant ces organismes, être considérée comme accidentelle.

En conclusion, donc, je suis d'avis que le directeur ne détenait pas, de par la loi, le pouvoir nécessaire pour intervenir devant la Commission, avec son autorisation, et que la Commission ne pouvait valablement autoriser une telle intervention. Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens à l'intimée Newfoundland Telephone Company Limited.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

<sup>e</sup> *Procureur de l'appellant: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

<sup>f</sup> *Procureurs de l'intimée (requérante) Newfoundland Telephone Company Limited: Chalker, Green & Rowe, St. John's.*

*Procureurs de l'intimée Newfoundland Board of Commissioners of Public Utilities: Curtis, Dawe, Russell, Bonnell, Winsor & Stokes, St. John's.*

**New Brunswick Telephone Company,  
Limited** *Appellant (Respondent)*

v.

**Lawson A. W. Hunter** *Respondent (Applicant)*

and

**Board of Commissioners of Public Utilities  
for the Province of New Brunswick**  
*(Respondent)*

INDEXED AS: CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION  
AND RESEARCH UNDER THE *COMBINES INVESTIGATION  
ACT*) v. NEW BRUNSWICK TELEPHONE CO.

File No.: 18890.

1986: May 29; 1987: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEW BRUNSWICK

*Administrative law — Intervention in proceedings  
before administrative tribunal — Whether public offi-  
cer whose office is created by statute requires statutory  
authority to intervene before administrative tribunal  
with permission of tribunal — Authority of tribunal to  
permit intervention — Combines Investigation Act,  
R.S.C. 1970, c. C-23.*

The New Brunswick Court of Appeal allowed an  
appeal from the judgment of the Court of Queen's  
Bench which dismissed an application for judicial review  
of the decision of the Board of Commissioners of Public  
Utilities for New Brunswick refusing the Director of  
Investigation and Research permission to intervene in  
the application of the New Brunswick Telephone Co. for  
confirmation of its interpretation of its general tariff on  
the ground that the Director lacked statutory authority  
or capacity to intervene.

This appeal raised the following questions: (a) wheth-  
er a public officer whose office has been created by  
statute requires statutory authority, express or implied,  
to intervene in his official capacity in proceedings before  
an administrative tribunal, with the permission of the  
tribunal, to make representations and adduce evidence  
with respect to the public policy for which he is respon-  
sible; (b) if so, whether an administrative tribunal may  
validly permit such intervention despite the lack of such  
authority; and (c) if not, whether the Director of Investi-  
gation and Research under the *Combines Investigation  
Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, had statutory authority to

**New Brunswick Telephone Company,  
Limited** *Appelante (Intimée)*

c.

**Lawson A. W. Hunter** *Intimé (Requérant)*

et

**Commission des entreprises de service public  
de la province du Nouveau-Brunswick**  
*(Intimée)*

RÉPERTORIÉ: CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET  
RECHERCHES EN VERTU DE LA *LOI RELATIVE AUX  
ENQUÊTES SUR LES COALITIONS*) c. NEW BRUNSWICK  
TELEPHONE CO.

c

N° du greffe: 18890.

1986: 29 mai; 1987: 19 novembre.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson et  
Le Dain.

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

*Droit administratif — Intervention dans une instance  
devant un tribunal administratif — Un agent de l'État  
dont la charge a été créée par une loi a-t-il le pouvoir  
légal d'intervenir devant un tribunal administratif avec  
l'autorisation du tribunal? — Pouvoir du tribunal  
d'autoriser l'intervention — Loi relative aux enquêtes  
sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23.*

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a accueilli  
l'appel formé contre un jugement de la Cour du Banc de  
la Reine, qui avait rejeté une demande d'examen judi-  
ciaire de la décision de la Commission des entreprises de  
service public du Nouveau-Brunswick qui avait refusé  
d'autoriser le directeur des enquêtes et recherches à  
intervenir dans une demande de la New Brunswick  
Telephone Co. en confirmation de son interprétation de  
son tarif général, au motif que le directeur n'avait ni le  
pouvoir légal ni la capacité d'intervenir.

Le pourvoi soulève les questions suivantes: a) un agent  
de l'État dont la charge a été créée par la loi doit-il  
détenir, expressément ou implicitement, le pouvoir légal  
d'intervenir en sa qualité officielle dans une instance se  
déroulant devant un tribunal administratif, avec l'autori-  
sation du tribunal, afin de présenter des observations et  
des preuves relatives à l'intérêt public qu'il a la respon-  
sabilité de défendre? b) Dans l'affirmative, un tribunal  
administratif peut-il néanmoins valablement autoriser  
une intervention en l'absence d'un tel pouvoir? c) Dans  
la négative, le directeur des enquêtes et recherches  
nommé en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les*

intervene in proceedings before a provincial regulatory tribunal, with the permission of the tribunal, to make representations and adduce evidence with respect to the competition implications of an application by a provincial public utility for confirmation of its interpretation of its general tariff.

*Held:* The appeal should be allowed.

The Board did not err in refusing the Director permission to intervene for the reasons given in *Canada (Director of Investigation and Research under the Combines Investigation Act) v. Newfoundland Telephone Co.*, [1987] 2 S.C.R. 466.

#### Cases Cited

**Followed:** *Canada (Director of Investigation and Research under the Combines Investigation Act) v. Newfoundland Telephone Co.*, [1987] 2 S.C.R. 466.

#### Statutes and Regulations Cited

*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1984), 53 N.B.R. (2d) 343, 8 D.L.R. (4th) 454, 138 A.P.R. 343, allowing an appeal from a judgment of the New Brunswick Court of Queen's Bench (1984), 52 N.B.R. (2d) 173, 137 A.P.R. 173, dismissing an application for judicial review of a decision of the Board of Commissioners of Public Utilities for New Brunswick refusing the Director permission to intervene. Appeal allowed.

*M. Robert Jette*, for the appellant.

*W. J. Miller and Bruce Russell*, for the respondent Lawson A. W. Hunter.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—This appeal raises the following questions: (a) whether a public officer whose office has been created by statute requires statutory authority, express or implied, to intervene in his official capacity in proceedings before an administrative tribunal, with the permission of the tribunal, to make representations and adduce evi-

*coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, détient-il le pouvoir légal d'intervenir dans une instance se déroulant devant un tribunal réglementaire provincial, avec l'autorisation de ce tribunal, afin de présenter des observations et des preuves sur les conséquences, pour la concurrence, de la demande d'une entreprise provinciale de service public visant la confirmation de son interprétation de son tarif général.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

La Commission n'a commis aucune erreur en refusant au directeur l'autorisation d'intervenir pour les motifs donnés dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions) c. Newfoundland Telephone Co.*, [1987] 2 R.C.S. 466.

#### Jurisprudence

**Arrêt suivi:** *Canada (Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions) c. Newfoundland Telephone Co.*, [1987] 2 R.C.S. 466.

#### Lois et règlements cités

*Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1984), 53 R.N.-B. 343, 8 D.L.R. (4th) 454, 138 A.P.R. 343, qui a accueilli l'appel interjeté d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick (1984), 52 R.N.-B. 173, 137 A.P.R. 173, lequel avait rejeté une demande d'examen judiciaire de la décision de la Commission des entreprises de service public du Nouveau-Brunswick, qui avait refusé au directeur l'autorisation d'intervenir. Pourvoi accueilli.

*M. Robert Jette*, pour l'appelante.

*W. J. Miller et Bruce Russell*, pour l'intimé Lawson A. W. Hunter.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—Le pourvoi soulève les questions suivantes: a) un agent de l'État dont la charge a été créée par la loi doit-il détenir, expressément ou implicitement, le pouvoir légal d'intervenir en sa qualité officielle dans une instance se déroulant devant un tribunal administratif, avec l'autorisation du tribunal, afin de présenter des

dence with respect to the public policy for which he is responsible; (b) if so, whether an administrative tribunal may validly permit such intervention despite the lack of such authority; and (c) if not, whether the Director of Investigation and Research under the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended by S.C. 1974-75-76, c. 76, had statutory authority to intervene in proceedings before a provincial regulatory tribunal, with the permission of the tribunal, to make representations and adduce evidence with respect to the competition implications of an application by a provincial public utility for confirmation of its view that it was not required by its general tariff to impose standard service charges on the transfer of customers from one service to another pursuant to the company's acquisition of the assets of certain businesses.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the New Brunswick Court of Appeal on April 6, 1984 (reported as *Re Hunter and Board of Public Utilities of New Brunswick* (1984), 8 D.L.R. (4th) 454), allowing an appeal from the judgment of the Court of Queen's Bench on November 18, 1983, which dismissed an application for judicial review of the decision of the Board of Commissioners of Public Utilities for New Brunswick on March 2, 1983 refusing the Director permission to intervene in the application of the New Brunswick Telephone Company, Limited for confirmation of its interpretation of its general tariff, as indicated above, on the ground that the Director lacked statutory authority or capacity to intervene.

This appeal was heard at the same time as the appeal in *Canada (Director of Investigation and Research under the Combines Investigation Act) v. Newfoundland Telephone Co.* ("the Newfoundland Telephone Co. appeal"), [1987] 2 S.C.R. 466, in which judgment on the same issues has been rendered today. For the reasons given in the Newfoundland Telephone Co. appeal, in which reference is made to the decision of the Board of Commissioners of Public Utilities for New Brunswick, the judgment of the Court of Queen's Bench

observations et des preuves relatives à l'intérêt public qu'il a la responsabilité de défendre? b) Dans l'affirmative, un tribunal administratif peut-il néanmoins valablement autoriser cette intervention en l'absence d'un tel pouvoir? c) Dans la négative, le directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, modifiée par 1974-75-76, chap. 76, détient-il le pouvoir légal d'intervenir dans une instance se déroulant devant un tribunal réglementaire provincial, avec l'autorisation de ce tribunal, afin de présenter des observations et des preuves sur les conséquences, pour la concurrence, de la demande d'une entreprise provinciale de service public visant la confirmation de son opinion que son tarif général ne l'oblige pas à imposer des frais de service de base aux clients transférés d'un service à un autre par suite de l'acquisition par la compagnie des avoirs d'autres entreprises.

Le pourvoi, qui a reçu l'autorisation de la Cour, est formé contre l'arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick du 6 avril 1984 (*Re Hunter and Board of Public Utilities of New Brunswick* (1984), 8 D.L.R. (4th) 454) qui a accueilli l'appel interjeté du jugement du 18 novembre 1983 de la Cour du Banc de la Reine, lequel avait rejeté la demande d'examen judiciaire de la décision du 2 mars 1983 de la Commission des entreprises de service public du Nouveau-Brunswick, qui avait refusé au directeur l'autorisation d'intervenir dans la demande de la New Brunswick Telephone Company, Limited en confirmation de son interprétation de son tarif général, comme il a été dit précédemment, au motif que le directeur n'avait ni le pouvoir légal ni la capacité d'intervenir.

Ce pourvoi a été entendu en même temps que l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions) c. Newfoundland Telephone Co.* (le pourvoi Newfoundland Telephone Co.), [1987] 2 R.C.S. 466, dans laquelle jugement, portant sur les mêmes points, est rendu aujourd'hui. Pour les motifs donnés dans le pourvoi Newfoundland Telephone Co., où il est fait mention de la décision de la Commission des entreprises de service public du Nouveau-Brunswick, du jugement

and the judgment of the Court of Appeal, I conclude that the Board did not err in refusing the Director permission to intervene. I would accordingly allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the judgment of the Court of Queen's Bench and the decision of the Board of Commissioners of Public Utilities, with costs to the appellant against the Director in this Court and in the Court of Appeal.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Clark, Drummie & Company, Saint John.*

*Solicitor for the respondent Lawson A. W. Hunter: The Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitor for the Board of Commissioners of Public Utilities for the Province of New Brunswick: The Department of Justice, Fredericton.*

de la Cour du Banc de la Reine et de l'arrêt de la Cour d'appel, je conclus que la Commission n'a commis aucune erreur en refusant au directeur l'autorisation d'intervenir. Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir tant le jugement de la Cour du Banc de la Reine que la décision de la Commission des entreprises de service public, et de condamner le directeur au paiement des dépens, engagés en cette Cour et en Cour d'appel, à l'appelant.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Clark, Drummie & Company, Saint John.*

*Procureur de l'intimé Lawson A. W. Hunter: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de la Commission des entreprises de service public de la province du Nouveau-Brunswick: Le ministère de la Justice, Fredericton.*

**Serge Brault and Pierre Dubois** *Appellants*

v.

**The Attorney General of Canada** *Respondent*  
and

**Bernard Lenoir, Daniel Beaupré and Pierre Delage, Director, Appeals Division, Public Service Commission** *Mis en cause*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.  
BRAULT

File No.: 18949.

1986: October 31; 1987: November 19.

Present: Beetz, Chouinard \*, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Labour law — Public Service employment — Appointments — Creation of the additional function of “dog handler” in the existing position of customs inspector — New function requiring additional and special qualifications — Whether the assignment of customs inspectors to the function of dog handler was an appointment to a position within the meaning of the Public Service Employment Act — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 10, 12(1), 21.*

The Department of National Revenue, Customs and Excise, authorized the establishment of a canine detection unit and posted a notice inviting customs inspectors to apply for assignment as a “dog handler”. The new function required additional and special qualifications of customs inspectors. The appellants, two unsuccessful candidates, challenged the selection before an appeal board under s. 21 of the *Public Service Employment Act*. At the hearing, the Department contended that the assignment was not an appointment giving rise to a right of appeal under s. 21 but was merely an assignment to an additional function in the existing position of customs inspector, involving the acquisition and use of additional working tools. The appeal board allowed appellants’ appeal and revoked the appointments on the ground that the selection resulted in an appointment to a position within the meaning of s. 21 that had not been based on selection according to merit. The Federal Court of Appeal allowed respondent’s application under s. 28 of

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

**Serge Brault et Pierre Dubois** *Appellants*

c.

**Le procureur général du Canada** *Intimé*

<sup>a</sup> et

**Bernard Lenoir, Daniel Beaupré et Pierre Delage, Directeur, Division des appels, Commission de la Fonction publique** *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) c.  
BRAULT

N° du greffe: 18949.

<sup>c</sup>

1986: 31 octobre; 1987: 19 novembre.

Présents: Les juges Beetz, Chouinard \*, Lamer, Le Dain et La Forest.

<sup>d</sup> EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

*Droit du travail — Emploi dans la Fonction publique — Nominations — Création de la fonction additionnelle de «maître-chien» pour le poste déjà existant d’inspecteur des douanes — Nouvelle fonction exigeant des qualifications spéciales supplémentaires — L’affectation d’inspecteurs des douanes à la fonction de maître-chien constitue-t-elle une nomination à un poste au sens de la Loi sur l’emploi dans la Fonction publique? — Loi sur l’emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 10, 12(1), 21.*

Le ministère du Revenu national, douanes et accise, autorise la constitution d’une unité canine de détection et il affiche un avis invitant les inspecteurs des douanes à se porter candidats pour une affectation à titre de «maître-chien». La nouvelle fonction requiert des qualifications spéciales supplémentaires de l’inspecteur des douanes. Les appelants, deux candidats non reçus, ont contesté la sélection devant un comité d’appel en vertu de l’art. 21 de la *Loi sur l’emploi dans la Fonction publique*. À l’audience, le Ministère a soutenu que l’affectation n’était pas une nomination permettant l’exercice du droit d’appel prévu à l’art. 21, mais une simple affectation à une fonction additionnelle du poste déjà existant d’inspecteur des douanes, comportant l’acquisition et l’emploi d’instruments de travail supplémentaires. Le comité d’appel a accueilli l’appel interjeté par les appelants et il a révoqué les nominations pour le motif que la sélection résultait d’une nomination à un poste, au sens de l’art. 21, qui n’avait pas été faite selon

\* Le juge Chouinard n’a pas pris part au jugement.



the *Federal Court Act* and set aside the board's decision. The majority of the Court held that a position within the meaning of the *Public Service Employment Act* can be created only by a clear administrative decision and expression of intention to create such a position, and that the creation of a position could not result, in the absence of such a decision and expression of intention, from a change in the functions of a position for which a new selection must be made. This appeal is to determine whether the creation of additional functions in a position in the Public Service, calling for additional qualifications and the selection of a person possessing such qualifications, amounts to the creation of a new position requiring an appointment based on selection according to merit from which an appeal will lie to an appeal board under s. 21 of the Act.

*Held:* The appeal should be allowed.

The assignments of the successful candidates to the function of dog handler were appointments to a position in the Public Service within the meaning of s. 21 of the *Public Service Employment Act*, and since, on the admission of the Department, the appointments were not based on selection according to merit, the appeal board properly revoked them. It is the Minister or deputy head who creates a position and determines the qualifications for appointment to it and this act, subject to the necessary approval from the Treasury Board under s. 7 of the *Financial Administration Act*, does not call for any particular formality or expression. It is an administrative decision which identifies particular functions to be performed and defines the qualifications required for performing them. The view that a new position in the Public Service calling for an appointment within the meaning of s. 21 cannot be created by a change in the functions of an existing position unless the administration chooses to regard such a change as creating a new position within the meaning of the Act would permit the circumvention of the merit principle and the right of appeal.

Obviously the administration must have reasonable flexibility to make minor changes in the functions of an existing position in the Public Service which the occupant of the position may be called on to perform, without thereby creating a new position for which an appointment based on selection according to merit must be made. Where, however, as in the present case, the change in functions is of such a significant or substantial nature as to call for additional or special qualifications requiring evaluation and therefore what amounts to a

une sélection établie au mérite. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande de l'intimé, fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et a annulé la décision du comité d'appel. La Cour, à la majorité, a conclu qu'un poste, au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, ne peut être créé que par une décision administrative claire et par la manifestation de volonté de créer ce poste, et que la création d'un poste ne saurait résulter, en l'absence d'une telle décision et manifestation de volonté, d'une modification des fonctions d'un poste exigeant alors une nouvelle sélection. Le présent pourvoi vise à déterminer si la création de fonctions additionnelles relativement à un poste de la Fonction publique, qui exigent des qualifications supplémentaires et la sélection d'une personne possédant ces qualifications, équivaut à la création d'un nouveau poste requérant une nomination faite selon une sélection établie au mérite, dont il peut être interjeté appel à un comité d'appel en vertu de l'art. 21 de la Loi.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Les affectations des candidats reçus à la fonction de maître-chien constituaient des nominations à un poste de la Fonction publique au sens de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, et puisque, de l'aveu du Ministère, les nominations n'ont pas été faites selon une sélection établie au mérite, le comité d'appel les a à bon droit révoquées. C'est le Ministre ou le sous-chef qui crée un poste et détermine les qualifications requises pour y être nommé mais, sous réserve de l'autorisation nécessaire du Conseil du Trésor, en vertu de l'art. 7 de la *Loi sur l'administration financière*, cet acte n'exige aucune formalité ni expression particulière. C'est une décision administrative qui décrit les fonctions particulières à remplir et qui définit les qualifications requises pour les exercer. Considérer qu'un nouveau poste dans la Fonction publique qui exige une nomination au sens de l'art. 21 ne saurait être créé par une modification des fonctions d'un poste déjà existant à moins que l'administration ne choisisse de considérer que cette modification crée un nouveau poste au sens de la Loi permettrait de contourner le principe du mérite et le droit d'appel.

De toute évidence, l'administration doit pouvoir jouir de suffisamment de souplesse pour être en mesure d'apporter des modifications mineures aux fonctions que le titulaire d'un poste déjà existant de la Fonction publique peut être appelé à remplir, sans par là créer un nouveau poste nécessitant une nomination faite selon une sélection établie au mérite. Lorsque, toutefois, comme en l'espèce, la modification des fonctions est suffisamment importante ou substantielle pour requérir des qualifications supplémentaires ou particulières, exigeant une éva-

new selection for the position, a new position within the meaning of the Act is created. Quite clearly it was considered necessary, because of the special qualifications required for the function of dog handler, to make an evaluation and selection of candidates for this function. This was a clear indication that the function of dog handler was a new position although it also required the qualifications for the existing position of customs inspector.

#### Cases Cited

Referred to: *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345; *Kelso v. The Queen*, [1980] 1 F.C. 659, rev'd on other grounds [1981] 1 S.C.R. 199.

#### Statutes and Regulations Cited

*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.  
*Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, s. 7.  
*Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 6, 8, 10, 12(1) [rep. & subs. 1974-75-76, c. 66, s. 10], 21.  
*Public Service Employment Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1337, s. 5 [am. SOR/78-343, s. 2].

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1985] 1 F.C. 410, 61 N.R. 133, allowing respondent's application under s. 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside a decision of the Public Service Commission Appeal Board. Appeal allowed.

*Robert W. Côté*, for the appellants.

*James M. Mabbutt* and *Jean-Marc Aubry*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—The question raised by this appeal is whether the creation of additional functions or duties in a position in the Public Service of Canada, calling for additional qualifications and the selection of a person possessing such qualifications, amounts to the creation of a new position, although not formally designated as such, requiring an appointment based on selection according to

luation et donc ce qui correspond à une nouvelle sélection pour le poste, un nouveau poste au sens de la Loi est alors créé. Manifestement, on a jugé nécessaire, vu les qualifications particulières requises pour la fonction de maître-chien, de procéder à une évaluation et à une sélection des candidats à cette fonction. C'est là une indication manifeste que la fonction de maître-chien constituait un nouveau poste, même si elle requérait les qualifications du poste déjà existant d'inspecteur des douanes.

#### Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Brown c. Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345; *Kelso c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 659, inf. pour d'autres motifs [1981] 1 R.C.S. 199.

#### Lois et règlements cités

*Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10, art. 7.  
*Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 6, 8, 10, 12(1) [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 66, art. 10], 21.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10, art. 28.  
*Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, C.R.C. 1978, chap. 1337, art. 5 [mod. DORS/78-343, art. 2; mod. DORS/79-671, art. 1].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1985] 1 C.F. 410, 61 N.R. 133, qui a accueilli la demande de l'intimé, fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, visant l'examen et l'annulation de la décision d'un comité d'appel de la Commission de la Fonction publique. Pourvoi accueilli.

*Robert W. Côté*, pour les appelants.

*James M. Mabbutt* et *Jean-Marc Aubry*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la création de fonctions ou d'obligations additionnelles relativement à un poste de la Fonction publique du Canada, qui exigent des qualifications supplémentaires et la sélection d'une personne possédant ces qualifications, équivaut à la création d'un nouveau poste, même s'il n'est pas formellement désigné

merit, in accordance with s. 10 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, from which an appeal will lie to an appeal board under s. 21 of the Act.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Federal Court of Appeal (Marceau and Hugessen JJ., Pratte J. dissenting) on May 23, 1984, [1985] 1 F.C. 410, allowing an application under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, and setting aside the decision of an appeal board on July 4, 1983, which allowed the appeal, pursuant to s. 21 of the *Public Service Employment Act*, of the appellant customs inspectors, Brault and Dubois, against the selection of the mis en cause customs inspectors, Lenoir and Beaupré, as dog handlers in a newly established customs detection unit on the ground that the selection resulted in an appointment to a position, within the meaning of s. 21, that had not been based on selection according to merit.

## I

In July 1982, the Department of National Revenue, Customs and Excise, posted a notice inviting customs inspectors at the PM-1 level in the Montréal Region to apply for "assignment" as a "dog handler" in a "dog detector unit" to be established in the Montréal Region. The notice (Bulletin 82-44, July 16, 1982) described the function of dog handler and the required qualifications as follows:

DOG HANDLER

The Department has recently authorized the establishment of a dog handler and detector dog unit for the Montreal Region. In addition to the dog and handler, the unit will have at its disposal a motor vehicle, kennel facilities, dog run and dog equipment.

PROGRAM

The selected candidate will receive training of approximately three months duration. The training will be on-site mostly in Montreal. The training will be oriented toward Customs search of vehicles, baggage and vessels.

comme tel, requérant une nomination faite selon une sélection établie au mérite, conformément à l'art. 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, dont il peut être interjeté appel à un comité d'appel en vertu de l'art. 21 de la Loi.

Le pourvoi est formé, avec l'autorisation de la Cour contre l'arrêt rendu le 23 mai 1984 par la Cour d'appel fédérale, [1985] 1 C.F. 410 (les juges Marceau et Hugessen, le juge Pratte dissident), qui a accueilli une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10, et annulé la décision d'un comité d'appel, en date du 4 juillet 1983, qui avait fait droit à l'appel que les inspecteurs des douanes appelants Brault et Dubois avaient interjeté, en vertu de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, contre la sélection des inspecteurs des douanes mis en cause Lenoir et Beaupré, comme maîtres-chien d'une unité de détection des douanes nouvellement créée, pour le motif que la sélection résultait d'une nomination à un poste au sens de l'art. 21, qui n'avait pas été faite selon une sélection établie au mérite.

## I

En juillet 1982, le ministère du Revenu national, douanes et accise, affichait un avis invitant les inspecteurs des douanes, de niveau PM-1, de la région de Montréal à se porter candidats pour une «affectation» à un poste de «maître-chien» dans une «unité canine de détection» qui allait être constituée dans la région de Montréal. L'avis (le bulletin 82-44 du 16 juillet 1982) donnait la description suivante de la fonction de maître-chien et des qualifications requises à cet égard:

MAÎTRE CHIEN

Le Ministère a récemment autorisé l'établissement d'une unité canine de détection pour la région de Montréal. En plus du chien et de son maître, l'unité disposera d'un véhicule automobile, d'un chenil, d'un enclos et de matériel spécial.

PROGRAMME

Le candidat (e) choisi (e) recevra une formation sur place d'une durée d'environ trois mois dont la plus grande partie sera donnée à Montréal. La formation sera axée sur la fouille des véhicules, des bagages et des

Dogs will be trained to detect various drugs, firearms and ammunition as well as in obedience, agility and tracking.

#### OPEN TO

Letter applications will be considered from qualified Customs Inspectors at the PM-1 level, in the Montreal Region. Applications should include why the officer is interested and any outside experience related to the handling of dogs.

In order to be offered this assignment, employees must be willing to accept the following conditions:

- to meet language requirements of the position to be filled BEFORE appointment (imperative nomination AABB);
- willingness to accept the position for a period of at least 3 consecutive years;
- must be fully trained and experienced in all phases of Customs Inspector duties;
- good physical health;
- proven ability to deal effectively with people;
- must be prepared to travel and be a licenced automobile driver;
- prepared to devote time and effort to the care and maintenance of a detector dog and related equipment;
- must presently occupy living quarters which include a yard that will accommodate a kennel and dog run.

Twenty customs inspectors in the Montréal Region, including the appellants Brault and Dubois and the mis en cause Lenoir and Beaupré, submitted applications and were interviewed. The candidates were interviewed to determine who would be most suitable as a dog handler, having regard to the special requirements of that function set out in the notice of July 16, 1982, but they were not evaluated with respect to their qualifications for the position of customs inspector. On August 16, 1982, the appellants were informed that they would not be selected and that the final selection would be made from among three other candidates, who were later identified as Daniel Alexander and the mis en cause Lenoir and Beaupré, apparently in that order of merit or eligibility. The selection of these three candidates gave rise to two challenges by the appellants before appeal boards under s. 21 of the *Public Service Employment Act*. The first followed the assignment of Alexander to the function of dog

navires. Le dressage des chiens comprendra la détection des divers stupéfiants, des armes à feu et des munitions ainsi que l'obéissance, l'agilité et le dépistage.

#### ADMISSIBILITÉ

<sup>a</sup> Les demandes écrites des inspecteurs des douanes PM-01 compétents de la région de Montréal seront prises en considération. Les candidats (es) devront préciser pourquoi ils (elles) sont intéressés (es) et indiquer toute expérience extérieure ayant trait au dressage de chien.

<sup>b</sup> Pour se voir offrir cette affectation l'employé (e) intéressé (e) devra satisfaire aux conditions suivantes:

- <sup>c</sup> —satisfaire aux exigences linguistiques du poste à combler AVANT l'affectation (nomination impérative AABB);
- consentir à accomplir ces fonctions durant au moins 3 années consécutives;
- connaître à fond les fonctions d'un Inspecteur des Douanes et en avoir eu l'expérience;
- <sup>d</sup> —être en bonne santé;
- avoir une facilité à communiquer avec autrui;
- être prêt à voyager et détenir un permis de conduire;
- <sup>e</sup> —être prêt à consacrer le temps et les efforts nécessaires au soin d'un chien de détection et à l'entretien du matériel connexe;
- occuper un logement avec cour suffisante pour loger un chenil et un enclos.

<sup>f</sup> Vingt inspecteurs des douanes de la région de Montréal, dont les appelants Brault et Dubois et les mis en cause Lenoir et Beaupré, ont soumis leur candidature et ont subi une entrevue. L'entrevue avait pour but de sélectionner le plus apte à devenir maître-chien, compte tenu des exigences spéciales de cette fonction, énoncées dans l'avis du 16 juillet 1982; cependant ils n'ont pas été évalués relativement à leurs qualifications comme inspecteurs des douanes. Le 16 août 1982, les appelants ont été informés qu'ils ne seraient pas sélectionnés et que la sélection finale se ferait parmi trois autres candidats, ultérieurement identifiés comme étant Daniel Alexander et les mis en cause Lenoir et Beaupré, selon cet ordre semble-t-il, celui de leur mérite ou de leur admissibilité. La sélection de ces trois candidats est à l'origine de deux contestations faites par les appelants devant des comités d'appel, en vertu de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*: la première résulte de l'affectation d'Alexander au poste de

handler and the second followed the subsequent assignment of the mis en cause Lenoir and Beaupré, after Alexander resigned. The issues before both appeal boards were whether the assignment of a candidate to the function of dog handler was an appointment to a position in the Public Service, as required for the right of appeal under s. 21, and whether, if it was an appointment, it was one which had been based on selection according to merit. In both appeals the Department contended that what was involved was merely an assignment to an additional function in the existing position of customs inspector, involving the acquisition and use of additional working tools. Both appeal boards held that it was an appointment to a new position that had not been based on selection according to merit and revoked the appointments. A section 28 application in the Federal Court of Appeal against the decision of the first appeal board was dismissed on the ground that since Alexander had resigned the issue had become moot. The reasoning of the two appeal boards on the two issues before them was essentially the same, but since it is the decision of the second appeal board concerning the assignment of the mis en cause Lenoir and Beaupré to the function of dog handler that is in issue in this appeal, I shall refer to the reasons of that board.

To facilitate an understanding of the issues before the appeal board and its disposition of them it is convenient here to set out s. 21 of the *Public Service Employment Act*, which defines the right of appeal against an appointment to a position in the Public Service, as well as ss. 10 and 12(1) of the Act and s. 5 of the *Public Service Employment Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1337, which lay down the requirement that an appointment to a position in the Public Service must be based on selection according to merit in accordance with the applicable selection standards. These provisions read as follows:

21. Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service

maître-chien et la seconde, de l'affectation subséquente des mis en cause Lenoir et Beaupré, après la démission d'Alexander. Les deux comités d'appel devaient décider si l'affectation d'un candidat à la fonction de maître-chien constituait une nomination à un poste dans la Fonction publique, une condition nécessaire pour avoir un droit d'appel en vertu de l'art. 21, et dans l'affirmative, si cette nomination avait été faite selon une sélection établie au mérite. Dans les deux appels, le Ministère a prétendu qu'il s'agissait simplement d'une affectation à une fonction additionnelle dans le poste déjà existant d'inspecteur des douanes, comportant l'acquisition et l'utilisation d'instruments de travail supplémentaires. Les deux comités d'appel ont jugé qu'il s'agissait d'une nomination à un nouveau poste qui n'avait pas été faite selon une sélection établie au mérite et ils ont révoqué les nominations. Une demande présentée, en vertu de l'art. 28, à la Cour d'appel fédérale contre la décision du premier comité d'appel, a été rejetée pour le motif que la démission d'Alexander avait fait perdre tout intérêt pratique à la question en litige. Le raisonnement des deux comités d'appel sur les deux points dont ils ont été saisis est essentiellement le même, mais comme c'est la décision du second comité d'appel concernant l'affectation des mis en cause Lenoir et Beaupré à la fonction de maître-chien qui fait l'objet du présent pourvoi, je me référerai aux motifs de ce comité.

Pour mieux comprendre les points litigieux dont le comité d'appel était saisi ainsi que sa décision à leur égard, il convient de reproduire l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, qui définit le droit d'interjeter appel contre une nomination à un poste dans la Fonction publique, ainsi que l'art. 10 et le par. 12(1) de la Loi et l'art. 5 du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, C.R.C. 1978, chap. 1337, qui requièrent qu'une nomination à un poste de la Fonction publique soit faite selon une sélection établie au mérite, conformément aux normes de sélection applicables. Voici ces dispositions:

21. Lorsque, en vertu de la présente loi, une personne est nommée ou est sur le point de l'être et qu'elle est choisie à cette fin au sein de la Fonction publique

(a) by closed competition, every unsuccessful candidate, or

(b) without competition, every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudicially affected,

may, within such period as the Commission prescribes, appeal against the appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing and the deputy head concerned, or their representatives, are given an opportunity of being heard, and upon being notified of the board's decision on the inquiry the Commission shall,

(c) if the appointment has been made, confirm or revoke the appointment, or

(d) if the appointment has not been made, make or not make the appointment,

accordingly as the decision of the board requires.

10. Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit, as determined by the Commission, and shall be made by the Commission, at the request of the deputy head concerned, by competition or by such other process of personnel selection designed to establish the merit of candidates as the Commission considers is in the best interests of the Public Service.

12. (1) The Commission may, in determining pursuant to section 10 the basis of assessment of merit in relation to any position or class of positions, prescribe selection standards as to education, knowledge, experience, language, residence or any other matters that, in the opinion of the Commission, are necessary or desirable having regard to the nature of the duties to be performed, but any such selection standards shall not be inconsistent with any classification standard prescribed pursuant to the *Financial Administration Act* for that position or any position in that class.

5. Every appointment pursuant to section 10 of the Act shall be made, in accordance with selection standards, by one of the following processes of personnel selection:

(a) an open competition between persons who

(i) respond to public notice, or

(ii) are identified by means of an inventory;

(b) a closed competition between employees who

(i) respond to notice, or

(ii) are identified by means of an inventory; or

a) à la suite d'un concours restreint, chaque candidat non reçu, ou

b) sans concours, chaque personne dont les chances d'avancement, de l'avis de la Commission, sont ainsi amoindries,

a peut, dans le délai que fixe la Commission, en appeler de la nomination à un comité établi par la Commission pour faire une enquête au cours de laquelle il est donné à l'appelant et au sous-chef en cause, ou à leurs représentants, l'occasion de se faire entendre. La Commission doit, après avoir été informée de la décision du comité par suite de l'enquête,

c) si la nomination a été faite, la confirmer ou la révoquer, ou

c d) si la nomination n'a pas été faite, la faire ou ne pas la faire,

selon ce que requiert la décision du comité.

10. Les nominations à des postes de la Fonction publique, faites parmi des personnes qui en sont déjà membres ou des personnes qui n'en font pas partie, doivent être faites selon une sélection établie au mérite, ainsi que le détermine la Commission. La Commission les fait à la demande du sous-chef en cause, à la suite d'un concours, ou selon telle autre méthode de sélection du personnel établie afin de déterminer le mérite des candidats que la Commission estime la mieux adaptée aux intérêts de la Fonction publique.

12. (1) La Commission peut, en déterminant conformément à l'article 10 le principe de l'évaluation du mérite, en ce qui concerne tout poste ou classe de postes, prescrire des normes de sélection visant l'instruction, les connaissances, l'expérience, la langue, la résidence ou toute autre question que la Commission juge nécessaire ou souhaitable, compte tenu de la nature des fonctions à accomplir. Cependant, ces normes de sélection ne doivent pas être incompatibles avec les normes de classification établies en vertu de la *Loi sur l'administration financière* pour ce poste ou tout poste de cette classe.

5. Toute nomination faite en vertu de l'article 10 de la Loi doit être conforme aux normes de sélection et faite au moyen d'une des méthodes suivantes de sélection du personnel:

a) concours publics auxquels participent des personnes qui

(i) répondent à un avis public, ou

(ii) sont identifiées au moyen d'un répertoire;

b) concours restreints auxquels participent des employés qui

(i) répondent à un avis, ou

(ii) sont identifiés au moyen d'un répertoire; ou

(c) the consideration of such material and the conduct of such examinations, tests, interviews and investigations as the Commission considers necessary to establish the merit of a candidate for appointment where the Commission is of the opinion that a competition would not be in the best interests of the Public Service and the appointment is one of the following, namely,

- (i) the appointment of an employee to a position for which the maximum rate of pay does not exceed the maximum rate of pay for the position occupied by the employee immediately prior to the appointment,
- (ii) the appointment of an employee to a reclassified position that the employee occupied immediately prior to the reclassification of the position,
- (iii) the promotion of an employee in a position to which he was appointed at a level lower than the full level of the position,
- (iv) the appointment for a specified period from outside the Public Service to meet an emergency situation, and
- (v) an appointment by the Commission, other than an appointment described in subparagraphs (i) to (iv), that the Commission considers to be in the best interests of the Public Service.

Like the first appeal board, the second appeal board held that the appellants were unsuccessful candidates in a closed competition within the meaning of s. 21 of the Act, and by implication, that this indicated that the assignment of the successful candidates to the function of dog handler was an appointment to a position in the Public Service within the meaning of the Act. In concluding that the creation of the additional function of dog handler in the existing position of customs inspector amounted to the creation of a new position, the second appeal board relied particularly on certain statements of Jackett C.J. in *Kelso v. The Queen*, [1980] 1 F.C. 659 (reversed by this Court on other grounds, [1981] 1 S.C.R. 199) concerning the authority to change the qualifications for a position in the Public Service during a particular tenure of it and the effect of such a change. The appeal board would appear to have attached particular importance to the following statements in the reasons for judgment of Jackett C.J. at pp. 663 and 664-65:

Neither do I know of any authority for changing the qualifications that must be satisfied by a person so appointed to a position during the period that he contin-

c) étude des documents ou tenue des examens, tests, entrevues et enquêtes que la Commission juge nécessaires pour établir qu'un candidat est qualifié, lorsque la Commission est d'avis qu'il n'est pas dans l'intérêt de la Fonction publique de tenir un concours, dans le cas

- (i) de la nomination d'un employé à un poste dont le traitement maximum ne dépasse pas le traitement maximum du poste occupé par cette personne immédiatement avant la nomination,
- (ii) de la nomination d'un employé à un poste dont on a changé la classification, et que l'employé occupait immédiatement avant ce changement,
- (iii) de la promotion d'un employé dans son poste lorsque cet employé y avait été nommé à un niveau inférieur à celui du poste,
- (iv) de la nomination pour une période spécifiée d'une personne de l'extérieur de la Fonction publique pour répondre à des besoins d'urgence, et
- (v) d'une nomination, par la Commission, autre que celles décrites dans les dispositions (i) à (iv), lorsque la Commission considère que cette nomination se fait dans l'intérêt de la Fonction publique.

À l'instar du premier comité d'appel, le second comité d'appel a jugé que les appelants étaient des candidats non reçus à la suite d'un concours restreint, au sens de l'art. 21 de la Loi, et qu'implicitement cela indiquait que l'affectation des candidats reçus à la fonction de maître-chien constituait une nomination à un poste de la Fonction publique au sens de la Loi. En concluant que la création de la fonction additionnelle de maître-chien pour le poste déjà existant d'inspecteur des douanes équivalait à la création d'un nouveau poste, le second comité d'appel s'est appuyé particulièrement sur certains passages de l'arrêt du juge en chef Jackett *Kelso c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 659 (infirmé par cette Cour pour d'autres motifs, [1981] 1 R.C.S. 199), portant sur le pouvoir de modifier les qualifications requises pour un poste dans la Fonction publique, alors que ce poste est occupé, et sur l'effet de cette modification. Le comité d'appel semble avoir attaché une importance particulière aux passages suivants des motifs de l'arrêt du juge en chef Jackett, aux pp. 663, 664 et 665:

Je ne vois pas non plus en vertu de quoi on pourrait modifier les qualifications requises d'une personne nommée à un poste tant qu'elle conserve celui-ci. En

ues to occupy that position. Any such change in qualifications would, in effect, make the position something other than that to which he was appointed.

The general power of management must not only include the power to decide how many persons of what qualifications are required to enable the Department to perform its statutory obligations to serve the public but, in the event of changing circumstances or policies, must include the power to decide that classes of employees with certain qualifications who are on staff are no longer required and that employees with other qualifications are required to provide the service to the public that it is the Department's duty to provide. Put another way, the general power of management not only includes the power to create positions (including the definition of what is required therefor) but the power to abolish certain positions and create other positions requiring different qualifications. Furthermore, if a position is abolished and a new position created the incumbent of the position abolished ceases to be employed and the new position created must be filled by the Public Service Commission.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Generally, small changes in qualifications will result in voluntary acceptance by the incumbent of appointment to the new position and will be regarded as (and called) an amendment to the original position or a transfer.

The appeal board also based its conclusion that the addition of the function of dog handler to the existing position of customs inspector had created a new position on the nature of the special qualifications required of a dog handler, as indicated in the following passage of its decision:

[TRANSLATION] In view of the observations of Jockett C.J. of the Federal Court of Appeal, referred to above, on the effect of changes made to the qualifications, duties and responsibilities of a position, and taking into account the additional qualifications, duties and responsibilities expected of a "dog handler", in addition to the usual ones of a customs inspector, I think it is clear that in imposing them the Department was in fact establishing and creating positions that were different from those of customs inspector. In my view, it is clear that having regular custody at home of a specially trained dog, spending one to two hours a day of this working time exercising it, being responsible for the maintenance of equipment relating to the custody and use of the dog, and being subject to conditions in

réalité, toute modification semblable rendrait ce poste autre que celui auquel elle a été nommée.

<sup>a</sup> Le pouvoir [g]énéral de gestion ne comporte pas seulement celui de déterminer combien de personnes sont nécessaires au ministère pour remplir la mission qui lui est attribuée par la loi ainsi que les qualifications requises de ces personnes. Il emporte également, en cas de <sup>b</sup> changement dans la situation ou dans la politique, celui de décider qu'une catégorie d'employés ayant des qualifications données est devenue inutile, et qu'il faut la remplacer par des employés ayant telles autres qualifications si l'on veut que le ministère puisse accomplir sa <sup>c</sup> mission. En d'autres termes, le pouvoir général de gestion ne comprend pas seulement celui de créer des postes (et de définir les qualifications requises pour les occuper), mais aussi celui d'abolir certains postes et d'en créer d'autres exigeant des qualifications différentes. En <sup>d</sup> outre, en cas d'abolition d'un poste existant et de création d'un nouveau poste, le titulaire du poste aboli cesse d'être un employé, et il incombe à la Commission de la Fonction publique de pourvoir au nouveau poste.<sup>8</sup>

<sup>e</sup> <sup>8</sup> En général, lorsque les changements apportés aux qualifications d'un poste sont mineurs, celui qui occupe ce poste consent à être nommé au nouveau poste. Cela est considéré comme (et appelé) une modification du poste initial ou une mutation.

<sup>f</sup> Le comité d'appel a aussi fondé sa conclusion, selon laquelle l'ajout de la fonction de maître-chien au poste déjà existant d'inspecteur des douanes avait pour effet de créer un nouveau poste, sur la <sup>g</sup> nature des qualifications particulières requises d'un maître-chien, comme l'indique le passage suivant de sa décision:

Compte tenu des commentaires déjà rapportés du juge Jockett, de la Cour d'appel fédérale, sur l'effet des <sup>h</sup> modifications apportées aux qualités, fonctions et responsabilités d'un poste, et compte tenu des qualités, fonctions et responsabilités supplémentaires attendues, en sus de celles normales d'un douanier, d'un «maître-chien», il me semble évident qu'en les prescrivant le <sup>i</sup> ministère se trouvait de fait à établir et créer des postes différents de ceux de douaniers. Pour moi, il est clair que le fait d'avoir la garde constante à domicile d'un chien spécialement dressé, de passer une à deux heures par jour de son temps ouvrable à lui faire faire des <sup>j</sup> exercices, de veiller à l'entretien du matériel connexe à la garde et l'utilisation de ce chien, et d'être astreint à des conditions supplémentaires à celles habituellement



addition to those usually imposed on ordinary customs inspectors, makes the position of a "dog handler" quite different from that of an ordinary customs inspector. The Department even admitted that special qualifications were needed in order to become a "dog handler", and it was not something which every customs inspector could do.

The second appeal board further held, as had the first appeal board, that the appointment to the position of dog handler had not been based on selection according to merit in accordance with the applicable selection standards, as required by ss. 10 and 12 of the Act and s. 5 of the Regulations, which have been quoted above, because, as admitted by the Department, the candidates had not been evaluated with respect to the rated requirements of knowledge, capacity and personal qualities for the position of customs inspector, as well as suitability for the function of dog handler, in the light of the special qualifications for that function. According to the first appeal board, the Department's reason for not evaluating the merit of the candidates with respect to their qualifications for the position of customs inspector, as well as those for the function of dog handler, was a concern that such evaluation might establish that some candidates were not qualified for the position of customs inspector, with the result that they would have to be dismissed. In any event, it is admitted by the Department that if the assignment of the mis en cause as dog handlers was an appointment within the meaning of s. 21 of the *Public Service Employment Act* it was not one based on selection according to merit.

In the Federal Court of Appeal, which set aside the decision of the appeal board, Marceau J., with whom Hugessen J. concurred, held that a position within the meaning of the *Public Service Employment Act* can be created only by a clear administrative decision and expression of intention to create such a position, and that the creation of a position could not result, in the absence of such a decision and expression of intention, from a change in the functions of a position for which a new selection must be made. He expressed his views on this question as follows at pp. 421 and 422:

exigées des douaniers ordinaires, rend le poste du «maître-chien» bien différent de celui du douanier ordinaire. Le ministère reconnaissait même qu'il fallait des qualités spéciales pour devenir «maître-chien» et que ce n'était pas tous les douaniers qui pouvaient le devenir.

Le second comité d'appel a en outre jugé, à l'instar du premier, que la nomination au poste de maître-chien n'avait pas été faite selon une sélection établie au mérite conformément aux normes de sélection applicables, comme le requièrent les art. 10 et 12 de la Loi et l'art. 5 du Règlement, précités, parce que, comme l'a reconnu le Ministère, les candidats n'avaient pas été évalués relativement aux exigences cotées en matière de connaissances, de compétences et de qualités personnelles pour le poste d'inspecteur des douanes, ainsi que d'aptitude à exercer la fonction de maître-chien, compte tenu des qualifications particulières requises pour cette fonction. D'après le premier comité d'appel, la raison pour laquelle le Ministère n'avait pas évalué le mérite des candidats en ce qui concerne leurs qualifications pour le poste d'inspecteur des douanes, de même que celles pour la fonction de maître-chien, était sa crainte qu'une telle évaluation démontre que certains candidats n'étaient pas qualifiés pour occuper le poste d'inspecteur des douanes, ce qui nécessiterait leur congédiement. Quoi qu'il en soit, le Ministère reconnaît que si l'affectation des mis en cause comme maîtres-chien constitue une nomination au sens de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, elle n'a pas été faite selon une sélection établie au mérite.

En Cour d'appel fédérale, où la décision du comité d'appel a été annulée, le juge Marceau, aux motifs duquel le juge Hugessen a souscrit, a conclu qu'un poste, au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, ne peut être créé que par une décision administrative claire et la manifestation de la volonté de créer ce poste, et que la création d'un poste ne saurait résulter, en l'absence d'une telle décision et manifestation de volonté, d'une modification des fonctions d'un poste exigeant alors une nouvelle sélection. Il a exprimé son point de vue sur cette question de la manière suivante, aux pp. 421 et 422:

So far as I am concerned, it would appear that since the creation of a position involves the identification and definition of a function requiring the hiring of a person, and since the power of creating a position is a legal power involving the taking of a decision, it can hardly be doubted that to create a position a firm and unambiguous expression of intent will be required. In adopting as its premise that a position can be created simply by a situation of fact, merely by the behaviour of management, and even contrary to the wishes of the Minister or his representatives, the Board in my opinion is setting forth a proposition which is theoretically indefensible.

I therefore consider that the Board erred in assuming that the creation of a position in the Public Service did not require a clear decision and an unambiguous indication of intent by the Minister or someone empowered to act for him: that it could result simply from a situation of fact or the behaviour of managers, and could even occur without the knowledge, indeed against the wishes of a department. In my view, in the circumstances disclosed by the record and admitted by the Board, new positions of "dog handler" were not created: accordingly there was no appointment to a position within the meaning of the *Public Service Employment Act*, and section 21 of that Act could not be applied.

Pratte J., dissenting, was of the view that a new position in the Public Service may be created, without a formal expression of intention to do so, by a change in the functions of an existing position of such a significant or substantial nature as to create what amounts to a different job. He expressed his views to this effect as follows at pp. 415-16:

As counsel for the applicant emphasized, the *Public Service Employment Act* frequently uses the expression "appointment to positions in the Public Service" but does not define the words "appointment" and "position". It follows that these words are used in their ordinary sense, according to which a person is appointed to a position when he is designated to perform a job or function. Accordingly, a person who already has a position in the Public Service, as was the case with the mis-en-cause Lenoir and Beaupré, is appointed to another position if he is designated to perform a job different from the one already held by him. In my view, for someone who already has a position in the Public Service to be appointed to a new position, it is not necessary for the authorities in question to expressly appoint him to such a position: it will suffice if such

Il me semble, quant à moi, qu'étant donné que la création d'un poste implique la reconnaissance et la définition d'une fonction requérant l'emploi d'une personne et que le pouvoir de créer un poste est un pouvoir juridique impliquant la prise d'une décision, on peut difficilement douter que la création d'un poste exige une manifestation de volonté ferme et non équivoque. En adoptant comme prémisse qu'un poste peut être créé par une simple situation de fait, un simple comportement de gestion, et même malgré le désir et la volonté du Ministre ou de ses représentants, le Comité, à mon sens, donne effet à une proposition qui, théoriquement, ne peut tenir.

Je suis donc d'opinion que le comité a erré en supposant que la création d'un poste dans la Fonction publique ne requerrait pas une décision claire et une manifestation de volonté non équivoque du Ministre ou de quelqu'un habilité à agir pour lui, qu'elle pouvait résulter d'une simple situation de fait ou d'un simple comportement des gestionnaires et devait avoir effet même à l'insu de l'autorité voire même à l'encontre de sa volonté. À mon avis, dans les circonstances révélées par le dossier et reconnues par le comité, il n'y a pas eu de création de nouveaux postes de «maître-chien»; il n'y a donc pas eu de nomination à un poste au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, et l'article 21 de cette loi ne pouvait recevoir application.

Le juge Pratte, dissident, a été d'avis qu'un nouveau poste dans la Fonction publique peut être créé, sans manifestation formelle de volonté en ce sens, par la modification des fonctions d'un poste déjà existant suffisamment importante ou substantielle pour créer ce qui correspond à de nouvelles tâches. Voici le point de vue qu'il exprime à cet égard, aux pp. 415 et 416:

Comme l'a souligné l'avocat du requérant, la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* utilise fréquemment l'expression «nomination à des postes de la Fonction publique» mais ne définit pas les mots «nomination» et «poste». Il en faut conclure que ces mots sont utilisés dans leur sens ordinaire suivant lequel une personne est nommée à un poste lorsqu'elle est désignée pour remplir un emploi ou une fonction. Il s'ensuit qu'une personne qui détient déjà un poste dans la Fonction publique, comme c'était le cas des mis-en-cause Lenoir et Beaupré, est nommée à un autre poste si elle est désignée pour remplir un emploi différent de celui qu'elle occupe déjà. À mon avis, pour que celui qui occupe déjà un poste dans la Fonction publique soit nommé à un poste nouveau, il n'est pas nécessaire que les autorités concernées le nomment expressément à un tel poste; il suffit

authorities, without expressly creating a new position, appoint him to permanently carry out in future a new job which is substantially different from that associated with the position held by him until that time.

The mis-en-cause Lenoir and Beaupré were customs inspectors when they were selected to perform the duties of "dog handler". To decide whether as such they were being appointed to new positions, it must be determined whether their new duties were sufficiently different from those of a customs inspector to constitute a different job. The Board answered this question in the affirmative. I consider it was correct, as the function of a "dog handler" adds such significant responsibilities and obligations to those of a customs inspector that it seems impossible to accept the applicant's argument that the selection of the mis-en-cause as "dog handlers" was merely an assignment of duties within the ordinary limits of their jobs as customs inspectors.

## II

As Pratte J. noted, the *Public Service Employment Act* does not contain any indication of what constitutes a position in the Public Service of Canada that can only be validly filled by an appointment in accordance with that Act, either by the Public Service Commission pursuant to its authority under s. 8 of the Act or by a deputy head acting under a delegation of the appointment power by the Commission pursuant to s. 6 of the Act. The authority to create a position and to determine the qualifications required for appointment to it has been the subject of commentary in several judgments of the Federal Court of Appeal, notably in *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345, where Jackett C.J. at pp. 347 and 348 referred to a position as "the legal authority to employ a person in the Public Service" and at pp. 357-58 set out the steps in the creation of a position and the appointment of a person to it. From the commentary in that case and others, such as *Kelso, supra*, and my own examination of the relevant legislation, I conclude that the steps may be summarized as follows: 1. The Minister or deputy head of a Department, in the exercise of his management authority, determines what positions are required in the Department and determines the qualifications for appointment to them; 2. Financial approval for a position must be obtained from

que ces autorités, sans créer expressément de poste nouveau, le désignent pour exécuter de façon permanente dans l'avenir une tâche nouvelle substantiellement différente de celle qui est attachée au poste qu'il occu-  
pait jusque-là.

Les mis-en-cause Lenoir et Beaupré étaient inspecteurs des douanes lorsqu'ils ont été choisis pour remplir la fonction de «maître-chien». Pour savoir s'ils ont été alors nommés à de nouveaux postes, il faut déterminer si leurs nouvelles fonctions étaient suffisamment différentes de celles d'un inspecteur des douanes pour constituer un emploi différent. À cette question, le Comité a répondu affirmativement. Je crois qu'il a eu raison. Car, la fonction de «maître-chien» ajoute des responsabilités et des obligations si importantes à celles d'un inspecteur des douanes qu'il me paraît impossible d'admettre la prétention du requérant que le choix des mis-en-cause comme «maîtres-chien» n'était rien d'autre qu'une affectation de tâches dans le cadre normal de leur emploi comme inspecteurs des douanes.

## II

Comme le juge Pratte le fait observer, la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne comporte aucune indication sur ce qu'est un poste de la Fonction publique du Canada, qui ne peut être comblé valablement que par une nomination faite conformément à cette loi, soit par la Commission de la Fonction publique, en vertu des pouvoirs que lui confère l'art. 8 de la Loi, soit par le sous-chef, agissant en vertu d'une délégation du pouvoir de nomination faite par la Commission conformément à l'art. 6 de la Loi. Le pouvoir de créer un poste et de déterminer les qualifications requises pour y être nommé a fait l'objet de commentaires dans plusieurs arrêts de la Cour d'appel fédérale, notamment dans l'arrêt *Brown c. Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345, où le juge en chef Jackett parle, aux pp. 347 et 348, d'un poste comme étant «le pouvoir juridique d'employer une personne dans la Fonction publique», et énumère, aux pp. 357 et 358, les étapes de la création d'un poste et de la nomination d'une personne à celui-ci. Compte tenu des commentaires faits dans cet arrêt et dans d'autres comme l'arrêt *Kelso*, précité, ainsi que de mon propre examen des dispositions législatives pertinentes, je conclus que ces étapes peuvent être ainsi résumées: 1. Le Ministre ou le sous-chef du Ministère, dans l'exercice de son pouvoir de gestion, détermine les

the Treasury Board, which has authority under s. 7 of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, to classify positions in the Public Service for remuneration and other purposes; 3. The deputy head makes a request to the Public Service Commission to make the necessary appointment or makes the appointment himself under a delegation of authority; and 4. The appointment is made pursuant to the particular selection process required by the *Public Service Employment Act* and *Regulations*, the relevant provisions of which have been quoted above. The important point, for purposes of the issue in this appeal, is that it is the Minister or deputy head who creates a position and determines the qualifications for appointment to it, and that, subject to the necessary approval from the Treasury Board, this act does not call for any particular formality or expression. It is an administrative decision which identifies particular functions to be performed and defines the qualifications required for performing them.

Having regard to the importance of the principle of selection according to merit and the right of appeal under s. 21 of the *Public Service Employment Act*, I am unable, with great respect, to agree with the premise underlying the judgment of the majority of the Federal Court of Appeal, which I understand to be that a new position in the Public Service calling for an appointment within the meaning of s. 21 cannot be created by a change in the functions of an existing position unless the administration chooses to regard such a change as creating a new position within the meaning of the Act. Such a view would permit the circumvention of the merit principle and the right of appeal.

Obviously the administration must have reasonable flexibility to make minor changes in the functions of an existing position in the Public Service which the occupant of the position may be called on to perform, without thereby creating a new position for which an appointment based on selection according to merit must be made. Where,

postes qui sont nécessaires dans le Ministère et les qualifications requises pour y être nommé; 2. L'approbation financière d'un poste doit être obtenue du Conseil du Trésor qui, en vertu de l'art. 7 de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10, a le pouvoir de classer les postes de la Fonction publique aux fins notamment de la rémunération; 3. Le sous-chef demande alors à la Commission de la Fonction publique de faire la nomination qui s'impose ou il fait lui-même cette nomination en vertu d'une délégation de pouvoir; et 4. Cette nomination est faite conformément à la méthode de sélection particulière requise par la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et par son règlement d'application, dont les dispositions pertinentes ont été citées précédemment. Ce qui importe, pour les fins du point en litige en l'espèce, c'est que c'est le Ministre ou le sous-chef qui crée un poste et détermine les qualifications requises pour y être nommé, et que, sous réserve de l'approbation nécessaire du Conseil du Trésor, cet acte n'exige aucune formalité ni expression particulière. C'est une décision administrative qui décrit les fonctions particulières à remplir et qui définit les qualifications requises pour les exercer.

Compte tenu de l'importance du principe de la sélection établie au mérite et du droit d'appel prévu à l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, je ne saurais, en toute déférence, souscrire à la prémisse qui sous-tend l'arrêt de la Cour d'appel fédérale à la majorité, qui porte, si je comprends bien, qu'un nouveau poste de la Fonction publique qui exige une nomination au sens de l'art. 21, ne saurait être créé par une modification des fonctions d'un poste déjà existant, à moins que l'administration ne choisisse de considérer que cette modification crée un nouveau poste au sens de la Loi. Une telle conception permettrait de contourner le principe du mérite et le droit d'appel.

De toute évidence, l'administration doit pouvoir jouir de suffisamment de souplesse pour être en mesure d'apporter des modifications mineures aux fonctions que le titulaire d'un poste déjà existant de la Fonction publique peut être appelé à remplir, sans par là créer un nouveau poste nécessitant une nomination faite selon une sélection établie au

however, as in the present case, the change in functions is of such a significant or substantial nature as to call for additional or special qualifications requiring evaluation and therefore what amounts to a new selection for the position, a new position within the meaning of the Act is created. Quite clearly it was considered necessary, because of the special qualifications required for the function of dog handler, to make an evaluation and selection of candidates for this function. This was a clear indication, in my opinion, that the function of dog handler was a new position although it also required the qualifications for the existing position of customs inspector. The assignments of the mis en cause Lenoir and Beaupré to the function of dog handler were accordingly appointments to a position in the Public Service giving rise to a right of appeal under s. 21 of the *Public Service Employment Act*, and since, as conceded, the appointments were not based on selection according to merit the appeal board properly revoked them.

For these reasons I would allow the appeal with costs, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and restore the decision of the appeal board.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Gowling & Henderson, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: James M. Mabbutt, Ottawa.*

mérite. Lorsque, toutefois, comme en l'espèce, la modification des fonctions est suffisamment importante ou substantielle pour requérir des qualifications supplémentaires ou particulières exigeant une évaluation et donc ce qui correspond à une nouvelle sélection pour le poste, un nouveau poste au sens de la Loi est alors créé. Il est tout à fait clair qu'on a jugé nécessaire, vu les qualifications particulières requises pour la fonction de maître-chien, de procéder à une évaluation et à une sélection des candidats à cette fonction. C'est là une indication manifeste, à mon avis, que la fonction de maître-chien constituait un nouveau poste, même si elle requérait les qualifications du poste déjà existant d'inspecteur des douanes. Les affectations des mis en cause Lenoir et Beaupré à la fonction de maître-chien constituaient donc des nominations à un poste de la Fonction publique donnant lieu à un droit d'appel en vertu de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et, puisque les nominations n'ont pas été faites selon une sélection au mérite, ce qui a été concédé, le comité d'appel les a à bon droit révoquées.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision du comité d'appel.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Gowling & Henderson, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé: James M. Mabbutt, Ottawa.*

**Gisèle Doré** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of Canada**  
*Respondent*

and

**Guy St-Hilaire, Public Service Commission of Canada** *Mis en cause*

and

**Lise Nolet-Terlecki** *Mis en cause*

INDEXED AS: DORÉ v. CANADA

File No.: 19770.

1986: October 31; 1987: November 19.

Present: Beetz, Chouinard\*, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Labour law — Public Service employment — Appointments — Public Service employee assigned to different functions pending classification of a new position for such functions — Distinction between the creation and the classification of a position — Whether the assignment of the employee was an appointment to a position within the meaning of the Public Service Employment Act — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21.*

The *mis en cause* Nolet-Terlecki, an employee of a Canada Employment Centre, was assigned to the functions of supervisor of the reception and inquiries section pending classification of a new position for such functions. The appellant, an unsuccessful candidate, appealed against the assignment of the *mis en cause* before an appeal board under s. 21 of the *Public Service Employment Act*. At the time of the hearing, nine months after the assignment of the *mis en cause*, the latter was still acting full-time as supervisor. A new organizational chart, providing for the new position, had been approved, but the position had not yet been classified. Before the board, the Department contended that the assignment of the *mis en cause* was not an appointment to a position giving rise to a right of appeal under s. 21, but was merely a temporary assignment to functions for which a new position had not yet been created.

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

**Gisèle Doré** *Appelante*

c.

**Sa Majesté La Reine du chef du Canada**  
<sup>a</sup> *Intimée*

et

**Guy St-Hilaire, la Commission de la Fonction publique du Canada** *Mis en cause*

et

**Lise Nolet-Terlecki** *Mise en cause*

<sup>c</sup> RÉPERTORIÉ: DORÉ c. CANADA

N° du greffe: 19770.

1986: 31 octobre; 1987: 19 novembre.

<sup>d</sup> Présents: Les juges Beetz, Chouinard\*, Lamer, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

<sup>e</sup> *Droit du travail — Emploi dans la Fonction publique — Nominations — Employée de la Fonction publique affectée à des fonctions différentes en attendant la classification d'un nouveau poste pour ces fonctions — Distinction entre la création et la classification d'un poste — L'affectation de l'employée constituait-elle une nomination à un poste au sens de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique? — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 21.*

<sup>g</sup> La mise en cause Nolet-Terlecki, une employée d'un centre d'emploi du Canada, a été affectée au poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements en attendant la classification d'un nouveau poste pour ces fonctions. L'appelante, une candidate refusée, a interjeté appel contre l'affectation de la mise en cause devant un comité d'appel en vertu de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Au moment de l'audition, neuf mois après l'affectation de la mise en cause, cette dernière occupait toujours le poste de surveillant à plein temps. Bien qu'un nouvel organigramme structurel prévoyant le nouveau poste eût été approuvé, le poste n'avait pas encore été classifié. Devant le comité, le Ministère a soutenu que l'affectation de la mise en cause ne constituait pas une nomination à un poste donnant lieu à un droit d'appel aux termes de l'art. 21, mais était simplement une affectation temporaire à

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

The board allowed appellant's appeal and revoked the appointment on the ground that the assignment was an appointment to a position within the meaning of s. 21 of the Act that had not been based on selection according to merit. The Federal Court of Appeal allowed respondent's application under s. 28 of the *Federal Court Act* and set aside the board's decision. This appeal is to determine whether the assignment of a person who occupies a position in the Public Service to different functions, pending classification of a new position for such functions, is an appointment to a position within the meaning of the *Public Service Employment Act* giving rise to a right of appeal under s. 21 of the Act.

*Held:* The appeal should be allowed.

Under section 21 of the *Public Service Employment Act*, it is what the Department has objectively done as a matter of fact, and not what it may have intended or understood it was doing as a matter of law, that must determine the application of the merit principle and the right of appeal. Here, there is no doubt, that the functions of supervisor of the reception and inquiries section were sufficiently different from those previously being performed by the mis en cause to constitute a new position according to the test indicated in *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489. Further, for purposes of the merit principle and the right of appeal, a position within the meaning of the Act may be created before such position has been classified. The creation of a position in the exercise of the Minister's management authority and the classification of the position by the Treasury Board or by a deputy head pursuant to s. 7 of the *Financial Administration Act* must be regarded as distinct and separate steps; otherwise the merit principle and the right of appeal could be circumvented by a failure to proceed to classification in a particular case.

While it must be possible for the administration to assign a person in the Public Service to new functions on a temporary basis without giving rise to the application of the merit principle and the right of appeal, that reasonable flexibility should no longer be available where, as in the present case, the assignment is permitted to become one of such significant and indefinite duration as may be presumed to place the occupant of the position at a distinct advantage in any subsequent selection process. The assignment of the mis en cause to the position of supervisor of the reception and inquiries section on a full-time basis for some nine months had acquired that character when the appellant's appeal was heard by the appeal board. Accordingly, the assignment

des fonctions pour lesquelles un nouveau poste n'avait pas été créé. Le comité a accueilli l'appel de l'appelante et a révoqué la nomination pour le motif que l'affectation était une nomination à un poste, au sens de l'art. 21 de la Loi, qui n'avait pas été faite selon une sélection établie au mérite. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande de l'intimée fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et a annulé la décision du comité. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'affectation d'une personne qui occupe un poste dans la Fonction publique à des fonctions différentes, en attendant qu'un nouveau poste soit classifié relativement à ces fonctions, constitue une nomination à un poste au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* qui accorde un droit d'appel aux termes de l'art. 21 de la Loi.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Aux termes de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, c'est ce que le Ministère a objectivement fait et non ce qu'il a, en droit, eu l'intention de faire ou l'interprétation qu'il en avait qui doit déterminer l'application du principe du mérite et du droit d'appel. En l'espèce, il n'y a aucun doute, que les fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements étaient suffisamment différentes de celles qu'accomplissait auparavant la mise en cause pour constituer un nouveau poste selon le critère établi dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489. En outre, aux fins du principe du mérite et du droit d'appel, un poste au sens de la Loi peut être créé avant qu'il n'ait été classifié. La création d'un poste dans l'exercice du pouvoir de gestion du Ministre et la classification du poste par le Conseil du Trésor ou par un sous-chef aux termes de l'art. 7 de la *Loi sur l'administration financière* doivent être considérées comme des étapes distinctes; autrement le principe du mérite et le droit d'appel peuvent être contournés par l'omission de procéder à la classification dans un cas particulier.

Bien que l'administration doive être en mesure d'affecter temporairement un fonctionnaire à de nouvelles fonctions sans donner lieu à l'application du principe du mérite et au droit d'appel, cet accommodement ne devrait plus pouvoir être utilisé lorsque, comme en l'espèce, on permet que la durée de l'affectation soit considérable et indéterminée au point que le titulaire du poste est présumé détenir un net avantage dans tout processus de sélection subséquent. L'affectation de la mise en cause au poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements à plein temps pendant environ neuf mois avait acquis ce caractère au moment où l'appel de l'appelante a été entendu par le comité d'appel. Par conséquent, l'affectation de la mise en cause constituait une nomina-

of the mis en cause was an appointment to a position within the meaning of s. 21 of the Act and that since, on the admission of the Department, the appointment was not based on selection according to merit, as required by s. 10 of the Act, the appeal board properly revoked the appointment.

#### Cases Cited

**Applied:** *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489, rev'g [1985] 1 F.C. 410; **referred to:** *Re Belisle and Public Service Commission Appeal Board* (1983), 149 D.L.R. (3d) 352; *Bauer v. Public Service Appeal Board*, [1973] F.C. 626; *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345; *Kelso v. The Queen*, [1980] 1 F.C. 659, rev'd on other grounds, [1981] 1 S.C.R. 199.

#### Statutes and Regulations Cited

*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

*Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, s. 7(1)(c), (2).

*Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 10, 21.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal<sup>1</sup>, allowing respondent's application under s. 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside a decision of the Public Service Commission Appeal Board. Appeal allowed.

*Robert W. Côté*, for the appellant.

*James M. Mabbutt* and *Jean-Marc Aubry*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—The question raised by this appeal is whether the assignment of a person who occupies a position in the Public Service of Canada to different functions, pending classification of a new position for such functions, is an appointment to a position within the meaning of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, giving rise to a right of appeal under s. 21 of the Act.

<sup>1</sup> F.C.A., No. A-1493-84, December 17, 1984.

tion à un poste au sens de l'art. 21 de la Loi et comme, de l'aveu même du Ministère, la nomination n'était pas faite selon une sélection établie au mérite, comme l'exige l'art. 10 de la Loi, le comité d'appel a eu raison de révoquer la nomination.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489, inf. [1985] 1 C.F. 410; **arrêts mentionnés:** *Re Belisle and Public Service Commission Appeal Board* (1983), 149 D.L.R. (3d) 352; *Bauer c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1973] C.F. 626; *Brown c. Commission de la Fonction publique*, [1975] C.F. 345; *Kelso c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 659, inf. pour d'autres motifs, [1981] 1 R.C.S. 199.

#### Lois et règlements cités

*Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10, art. 7(1)(c), (2).

*Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 10, 21.

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale<sup>1</sup>, qui a accueilli la demande de l'intimée fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* visant l'examen et l'annulation d'une décision d'un comité d'appel de la Commission de la Fonction publique. Pourvoi accueilli.

*Robert W. Côté*, pour l'appelante.

*James M. Mabbutt* et *Jean-Marc Aubry*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si l'affectation d'une personne qui occupe un poste dans la Fonction publique du Canada à des fonctions différentes, en attendant qu'un nouveau poste soit classifié relativement à ces fonctions, constitue une nomination à un poste, au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, qui accorde un droit d'appel aux termes de l'art. 21 de la Loi.

<sup>1</sup> C.A.F., n° A-1493-84, 17 décembre 1984.



The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Federal Court of Appeal (Pratte, Hugessen and MacGuigan JJ.) on December 17, 1985, allowing an application under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, and setting aside the decision of an appeal board on December 13, 1984, which allowed the appeal, pursuant to s. 21 of the *Public Service Employment Act*, of the appellant Gisèle Doré against the assignment of the mis en cause Lise Nolet-Terlecki to the functions of supervisor of the reception and inquiries section of the Canada Employment Centre at Amos, Quebec, on the ground that the assignment was an appointment to a position within the meaning of s. 21 that had not been based on selection according to merit.

I

Until February 1984 the supervision of the reception and inquiries section of the Canada Employment Centre at Amos, Quebec, was one of the responsibilities associated with the position of Referral Officer (PM-01). The new director of the Centre decided that the supervision of the section required more time than a referral officer was able to give to it. He noted that in other Canada Employment Centres supervision of this section was allocated to the position of Supervisor, Reception and Inquiries (CR-05), and that in the Centre at Amos there were three persons employed as Officers I(CR-05): the appellant Doré, the mis en cause Nolet-Terlecki and Madeleine Turgeon. The director decided to assign one of them to the functions of supervisor of the reception and inquiries section pending classification of a new position for such functions. He asked all three whether they were interested, and the appellant and the mis en cause said they were. After interviewing each of them the director selected the mis en cause. It would appear that his reason for selecting the mis en cause rather than the appellant was that he was not satisfied that the functions of supervisor of the reception and inquiries section, which involved some management responsibility, would be compatible with the appellant's position in the union.

Le pourvoi est formé, avec l'autorisation de la Cour, contre l'arrêt rendu le 17 décembre 1985 par la Cour d'appel fédérale (les juges Pratte, Hugessen et MacGuigan), qui a accueilli une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10, et annulé la décision d'un comité d'appel, en date du 13 décembre 1984, qui avait fait droit à l'appel que l'appelante Gisèle Doré avait interjeté, en vertu de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, contre l'affectation de la mise en cause Lise Nolet-Terlecki aux fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements du Centre d'emploi du Canada à Amos (Québec), pour le motif que l'affectation était une nomination à un poste, au sens de l'art. 21, qui n'avait pas été faite selon une sélection établie au mérite.

d

I

Jusqu'en février 1984, la surveillance à l'accueil et aux renseignements au Centre d'emploi du Canada à Amos (Québec) était l'une des responsabilités du poste d'agent de présentation (PM-01). Le nouveau directeur du Centre a décidé que la surveillance de la section exigeait plus de temps que celui qu'un agent de présentation pouvait y consacrer. Il a constaté que dans d'autres centres d'emploi du Canada, la surveillance de cette section relevait du poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements (CR-05) et qu'au Centre d'Amos il y avait trois personnes employées à titre d'agent I(CR-05): l'appelante Doré, la mise en cause Nolet-Terlecki et Madeleine Turgeon. Le directeur a décidé d'affecter l'une de ces personnes aux fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements en attendant la classification d'un nouveau poste pour cette fonction. Il a demandé aux trois personnes si elles étaient intéressées et l'appelante ainsi que la mise en cause ont répondu par l'affirmative. Après les avoir rencontrées individuellement, le directeur a choisi la mise en cause. Il paraît qu'il l'a choisie plutôt que l'appelante parce qu'il n'était pas convaincu que les fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements, qui comportaient certaines fonctions de gestion, seraient compatibles avec le poste que l'appelante occupait dans le syndicat.

The mis en cause was assigned full-time to the functions of supervisor of the reception and inquiries section on February 9, 1984. She ceased to perform the functions of Officer I(CR-05), but she continued to be paid the salary for that position and to be shown, for administrative purposes, as occupying that position. It was originally intended that the assignment to the functions of supervisor of the reception and inquiries section would be until March 31, 1984, but the assignment was subsequently extended beyond that date, and the mis en cause was still acting full-time as the supervisor of the reception and inquiries section of the Canada Employment Centre at Amos, Quebec, when the appeal board heard the appeal on November 6, 1984. The director testified at the hearing before the appeal board that the intention was to classify a new position for the functions of supervisor of the reception and inquiries section and to make a selection by competition for a permanent appointment to the new position after it had been classified. Although a new organizational chart, providing for a position of Supervisor, Reception and Inquiries (CR-05), was approved on July 3, 1984, the new position had not been classified by the time of the appeal board's decision, apparently because the necessary job description for classification of the position had not yet been completed.

The appellant appealed in September 1984 against the assignment of the mis en cause to the functions of supervisor of the reception and inquiries section. The Department contended that there had not been an appointment to a position, giving rise to a right of appeal under s. 21 of the *Public Service Employment Act*, but merely a temporary assignment to functions for which a new position had not yet been created. In support of this contention the Department relied particularly on the judgment of the Federal Court of Appeal in *Attorney General of Canada v. Brault*, [1985] 1 F.C. 410, in which a majority of the Court held that a new position in the Public Service within the meaning of the *Public Service Employment Act* cannot be created unless there is a clear decision and expression of intention to create such a position. The appeal board declined to apply this judgment, noting that it was under

La mise en cause a été affectée à plein temps au poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements le 9 février 1984. Elle a cessé d'accomplir les fonctions d'agent I(CR-05), mais pour les fins administratives et la rémunération, elle occupait toujours ce poste. Il était tout d'abord prévu que l'affectation aux fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements prendrait fin le 31 mars 1984, mais elle a par la suite été prolongée et la mise en cause occupait toujours ce poste à plein temps au Centre d'emploi du Canada à Amos (Québec) lorsque le comité d'appel a été saisi de l'appel le 6 novembre 1984. Le directeur a déposé à l'audience devant le comité d'appel qu'il avait l'intention de doter un nouveau poste pour la fonction de surveillant à l'accueil et aux renseignements et de faire une sélection par concours pour une nomination permanente pour le nouveau poste après que celui-ci eut été classifié. Bien qu'un nouvel organigramme structurel prévoyant un poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements (CR-05) ait été approuvé le 3 juillet 1984, le nouveau poste n'avait pas été classifié au moment de la décision du comité d'appel, apparemment parce que la description de tâches nécessaire pour la classification du poste n'était pas terminée.

En septembre 1984, l'appelante a interjeté appel contre l'affectation de la mise en cause aux fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements. Le Ministère a soutenu qu'il n'y avait pas eu de nomination à un poste, donnant lieu à un droit d'appel aux termes de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, mais simplement une affectation temporaire à des fonctions pour lesquelles un nouveau poste n'avait pas encore été créé. À l'appui de cet argument, le Ministère s'est fondé en particulier sur l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Procureur général du Canada c. Brault*, [1985] 1 C.F. 410, dans lequel la Cour à la majorité a jugé qu'un nouveau poste dans la Fonction publique au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne peut être créé à moins qu'il n'y ait une décision et une manifestation non équivoques de l'intention de créer un tel poste. Le comité d'appel a refusé

appeal to this Court and appeared to be in conflict with something said by Ryan J. on behalf of the Federal Court of Appeal in *Re Belisle and Public Service Commission Appeal Board* (1983), 149 D.L.R. (3d) 352, where, at p. 358, he appeared to agree with the statement of the appeal board in that case that "the mere absence of formal authorization for . . . a recognized position might not be sufficient to conclude that there was no position to which it could be shown an appointment has been made." Referring to the discussion of the creation of a position, the classification of a position and the appointment to a position by Jackett C.J. in *Bauer v. Public Service Appeal Board*, [1973] F.C. 626; *Brown v. Public Service Commission*, [1975] F.C. 345; and *Kelso v. The Queen*, [1980] 1 F.C. 659 (reversed by this Court on other grounds, [1981] 1 S.C.R. 199), the appeal board drew a distinction between the creation of a position in the exercise of the Minister's management authority, and the classification of a position pursuant to the authority which is conferred on the Treasury Board by s. 7(1)(c) of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, and which may be delegated to a deputy head pursuant to s. 7(2) of the Act. The board concluded that a position for the purposes of an appointment, within the meaning of the *Public Service Employment Act*, may exist before it has been classified. The board held that if there was any doubt that a new position within the meaning of the Act existed at the time the mis en cause was assigned to the functions of supervisor of the reception and inquiries section on February 9, 1984, there was no doubt that a new position existed at least from July 3, 1984, when an organizational chart showing the new position was approved. Accordingly the board concluded that there had been an appointment to a position in the Public Service giving rise to a right of appeal under s. 21 of the *Public Service Employment Act*, and since the appointment, by the Department's admission, had clearly not been based on selection according to merit, the board allowed the appeal and revoked the appointment of the mis en cause Nolet-Terlecki.

d'appliquer cet arrêt, soulignant qu'il faisait l'objet d'un pourvoi devant cette Cour et paraissait être en conflit avec une déclaration du juge Ryan faite au nom de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *a Belisle c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique* publié à (1983), 149 D.L.R. (3d) 352 où, à la p. 358, il paraît faire sienne la déclaration du comité d'appel dans cette affaire selon laquelle «la simple absence d'autorisation <sup>b</sup> formelle relative . . . à un poste reconnu ne permet pas à elle seule de conclure qu'il n'existait pas de poste que pouvait combler la nomination.» En mentionnant l'analyse de la création d'un poste, de la classification d'un poste et de la nomination à un poste faite par le juge en chef Jackett dans les arrêts *Bauer c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique*, [1973] C.F. 626, *Brown c. Commission de la Fonction publique*, [1975] <sup>c</sup> C.F. 345, et *Kelso c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 659 (infirmé par cette Cour pour d'autres motifs, [1981] 1 R.C.S. 199), le comité d'appel a établi une distinction entre la création d'un poste dans l'exercice du pouvoir de gestion du Ministère et la classification d'un poste en application du pouvoir qui est conféré au Conseil du Trésor par l'al. <sup>e</sup> 7(1)(c) de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10, et qui peut être délégué à un sous-chef en vertu du par. 7(2) de la Loi. Le comité a conclu qu'un poste aux fins d'une nomination, au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, peut exister avant qu'il n'ait été classifié. Le comité a jugé que s'il y avait un <sup>f</sup> doute quant à l'existence du nouveau poste au sens de la Loi au moment de l'affectation de la mise en cause aux fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements le 9 février 1984, il n'y avait aucun <sup>g</sup> doute que le nouveau poste existait au moins à compter du 3 juillet 1984, date à laquelle un organigramme structurel indiquant le nouveau poste a été approuvé. Par conséquent, le comité a conclu qu'il y avait eu nomination à un poste dans la Fonction publique donnant lieu à un droit d'appel aux termes de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et comme la nomination, de l'aveu même du Ministère, n'avait de toute évidence pas été fondée sur la sélection établie au <sup>i</sup> mérite, le comité a accueilli l'appel et a révoqué la nomination de la mise en cause Nolet-Terlecki. <sup>j</sup>

In allowing the s. 28 application to review and set aside the decision of the appeal board, the Federal Court of Appeal applied its earlier judgment in *Brault*, holding that just as it is necessary that there be a clear decision and expression of intention to create a position in the Public Service, within the meaning of the *Public Service Employment Act*, so there must be a clear decision and expression of intention to make an appointment to such a position, within the meaning of the Act. The reasons for judgment of Pratte J. on behalf of the Court are as follows:

The appeal board held that Mrs. Nolet-Terlecki was appointed on February 9, 1984 to a position that was not created until the following July 3. In doing so, in our opinion, it manifestly erred.

In *Attorney General of Canada v. Brault and Dubois* (May 23, 1984, A-1029-83), this Court held that the creation of a position required a unambiguous expression of intent; to this it should now be added that, similarly, there cannot be an appointment to a position if there is no intent to make such an appointment. In the case at bar, the record clearly showed that Mrs. Nolet-Terlecki, who already held a position in the Public Service, simply agreed as of February 9, 1984 to undertake new duties temporarily, which were eventually to be attached to a position that was to be created. In such circumstances the appeal board could not, without erring in law, find that there had been an appointment.

The application will therefore be allowed, the decision impugned will be set aside and the matter referred back to the appeal board to be decided by it on the basis that Mrs. Nolet-Terlecki was not appointed within the meaning of section 21 of the *Public Service Employment Act*.

## II

This appeal was heard at the same time as the appeal in *Canada (Attorney General) v. Brault*, [1987] 2 S.C.R. 489 ("the *Brault* appeal"), in which judgment has been rendered today. For the reasons given in that appeal, the issue in the present appeal cannot, in my respectful opinion, turn on whether the Department intended to create a position and to make an appointment within the meaning of the *Public Service Employment Act*. There must, of course, be an intended identification and definition of functions to be performed and an intended assignment of a person

En accueillant la demande fondée sur l'art. 28 visant l'examen et l'annulation de la décision du comité d'appel, la Cour d'appel fédérale a appliqué l'arrêt antérieur dans l'affaire *Brault*, concluant que tout comme la création d'un poste dans la Fonction publique, au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, exige une décision et une manifestation de volonté non équivoques, une nomination à un tel poste, au sens de la Loi, exige une décision et une manifestation de volonté non équivoques. Les motifs que le juge Pratte a rédigés au nom de la cour sont les suivants:

Le Comité d'appel a jugé que madame Nolet-Terlecki avait été nommée, dès le 9 février 1984, à un poste qui ne devait être créé que le 3 juillet suivant. Ce faisant, il a, à notre avis, commis une erreur manifeste.

Nous avons décidé, dans *Procureur général du Canada c. Brault et Dubois* (23 mai 1984, A-1029-83), que la création d'un poste exigeait une manifestation de volonté non équivoque; il faut aujourd'hui ajouter que, de la même façon, il ne peut y avoir de nomination à un poste en l'absence de l'intention d'effectuer pareille nomination. En l'espèce, le dossier révèle clairement qu'à compter du 9 février 1984, madame Nolet-Terlecki, qui occupait déjà un poste dans la Fonction publique, a tout simplement accepté d'exécuter temporairement des fonctions nouvelles qui, éventuellement, devaient être rattachées à un poste que l'on se proposait de créer. Dans ces circonstances, le Comité d'appel ne pouvait, sans erreur de droit, conclure qu'il y avait eu nomination.

La demande sera donc accueillie, la décision attaquée sera cassée et l'affaire sera retournée au Comité d'appel pour qu'il la décide en prenant pour acquis que madame Nolet-Terlecki n'a pas été nommée au sens de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*.

## II

L'espèce a été entendue en même temps que *Canada (Procureur général) c. Brault*, [1987] 2 R.C.S. 489 («l'arrêt *Brault*»), dans laquelle jugement est rendu aujourd'hui. Pour les motifs exposés dans cet arrêt, la question soulevée en l'espèce ne peut, à mon humble avis, dépendre de la question de savoir si le Ministère avait l'intention de créer un poste et d'effectuer une nomination au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Évidemment, il doit y avoir une intention d'identifier et de définir les fonctions à exécuter et une intention d'affecter une personne pour

to perform them, but, as I said in the *Brault* appeal, the application of the merit principle and the right of appeal under s. 21 of the *Public Service Employment Act* cannot depend on whether the Department chooses to regard what is done as the creation of a position and an appointment to it within the meaning of the Act. It is what the Department has objectively done as a matter of fact and not what it may have intended or understood it was doing as a matter of law that must determine the application of the merit principle and the right of appeal.

In the present appeal there is no doubt, and indeed it is not contested, that the functions of supervisor of the reception and inquiries section of the Canada Employment Centre at Amos, Quebec, were sufficiently different from those previously being performed by the mis en cause Nolet-Terlecki as Officer I(CR-05) to constitute a new position according to the test indicated in the *Brault* appeal—a change in functions of such a significant or substantial nature as to call for additional or special qualifications requiring evaluation and therefore what amounts to a selection for appointment. The particular issue raised by this appeal, as I perceive it, is whether there can be the creation of a position within the meaning of the *Public Service Employment Act*, for purposes of the merit principle and the right of appeal, before a position has been classified for remuneration and other purposes by the Treasury Board, pursuant to the authority conferred by s. 7(1)(c) of the *Financial Administration Act*, or by a deputy head under a delegation of that authority pursuant to s. 7(2) of the Act. I agree with the appeal board that the identification and definition, in the exercise of the Minister's management authority, of functions to be performed and of the qualifications required for such performance must be regarded as a distinct and separate step from classification, resulting in the creation of a position within the meaning of the Act; otherwise the merit principle and the right of appeal may be circumvented by a failure to proceed to classification in a particular case. Accordingly, I am of the view that there was the creation of a position in the Public Service for purposes of an appointment within the meaning of the *Public Service Employment Act*.

les exécuter, mais comme je l'ai dit dans l'arrêt *Brault*, l'application du principe du mérite et le droit d'appel que prévoit l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne peuvent dépendre de la question de savoir si le Ministère choisit de considérer ce qui a été fait comme la création d'un poste et une nomination à celui-ci au sens de la Loi. En réalité, c'est ce que le Ministère a objectivement fait et non ce qu'il a, en droit, eu l'intention de faire ou l'interprétation qu'il en avait qui doit déterminer l'application du principe du mérite et du droit d'appel.

En l'espèce, il n'y a aucun doute, et en fait ce n'est pas contesté, que les fonctions de surveillant à l'accueil et aux renseignements du Centre d'emploi du Canada à Amos (Québec) étaient suffisamment différentes de celles qu'accomplissait auparavant la mise en cause Nolet-Terlecki à titre d'agent I(CR-05) pour constituer un nouveau poste selon le critère établi dans l'arrêt *Brault*—une modification des fonctions qui est suffisamment importante ou substantielle pour requérir des qualifications supplémentaires ou particulières exigeant une évaluation et donc ce qui correspond à une sélection en vue d'une nomination. À mon avis, la question particulière soulevée en l'espèce est de savoir si un poste peut être créé au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* aux fins du principe du mérite et du droit d'appel, avant qu'un poste ait été classifié à des fins de rémunération et d'autres fins par le Conseil du Trésor, aux termes du pouvoir que confère l'al. 7(1)c) de la *Loi sur l'administration financière* ou par un sous-chef en vertu de la délégation de ce pouvoir aux termes du par. 7(2) de la Loi. Je conviens avec le comité d'appel que l'identification et la définition, dans l'exercice du pouvoir de gestion du Ministre, des fonctions à exécuter et des qualités requises à cette fin doivent être considérées comme une étape distincte de la classification, entraînant la création d'un poste au sens de la Loi; autrement le principe du mérite et le droit d'appel peuvent être contournés par l'omission de procéder à la classification dans un cas particulier. Par conséquent, je suis d'avis qu'un poste a été créé dans la Fonction publique aux fins d'une nomination au sens de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*.

The ultimate issue in the appeal is whether the assignment of the mis en cause on a temporary basis to the position of supervisor of the reception and inquiries section, pending the classification of the position, was an appointment to the position within the meaning of s. 21 of the *Public Service Employment Act*. On this issue, I am of the view that while it must be possible for the administration to assign a person in the Public Service to new functions on a temporary basis without giving rise to the application of the merit principle and the right of appeal, that reasonable flexibility should no longer be available where, as in the present case, the assignment is permitted to become one of such significant and indefinite duration as may be presumed to place the occupant of the position at a distinct advantage in any subsequent selection process. In my opinion the assignment of the mis en cause to the position of supervisor of the reception and inquiries section on a full-time basis for some nine months had acquired that character when the appellant's appeal was heard by the appeal board in November, 1984. I am, therefore, of the opinion that there was an appointment of the mis en cause to a position within the meaning of s. 21 of the *Public Service Employment Act* and that since, on the admission of the Department, the appointment was not based on selection according to merit, as required by s. 10 of the Act, the appeal board properly revoked the appointment.

For these reasons I would allow the appeal with costs, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and restore the decision of the appeal board.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Gowling & Henderson, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.*

La dernière question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si l'affectation temporaire de la mise en cause au poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements, en attendant la classification du poste, était une nomination à ce poste au sens de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. À l'égard de cette question, je suis d'avis que, bien que l'administration doive être en mesure d'affecter temporairement un fonctionnaire à de nouvelles fonctions sans donner lieu à l'application du principe du mérite et au droit d'appel, cet accommodement ne devrait plus pouvoir être utilisé lorsque, comme en l'espèce, on permet que la durée de l'affectation soit considérable et indéterminée au point que le titulaire du poste est présumé détenir un net avantage dans tout processus de sélection subséquent. À mon avis, l'affectation de la mise en cause au poste de surveillant à l'accueil et aux renseignements à plein temps pendant environ neuf mois avait acquis ce caractère au moment où l'appel de l'appelante a été entendu par le comité d'appel en novembre 1984. Par conséquent, je suis d'avis qu'il y a eu une nomination de la mise en cause à un poste au sens de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et comme, de l'aveu même du Ministère, la nomination n'était pas fondée sur la sélection établie au mérite, comme l'exige l'art. 10 de la Loi, le comité d'appel a eu raison de révoquer la nomination.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision du comité d'appel.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Gowling & Henderson, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.*

**George Harvey Milne** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of Canada**  
*Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario and the  
Attorney General of British Columbia**  
*Interveners*

INDEXED AS: R. v. MILNE

File No.: 19444.

1987: January 27, 28; 1987: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Sentences — Dangerous offender — Status of “dangerous” predicated on conviction for “serious personal injury offence” — Accused’s “dangerousness” based on a crime later removed from definition of “serious personal injury offence” — Whether or not accused’s continuing detention dependant on continuing status of “dangerousness” — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 157, 687(b).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Dangerous offender — Indeterminate detention — Status of “dangerous” predicated on conviction for “serious personal injury offence” — Accused’s “dangerousness” based on a crime later removed from definition of “serious personal injury offence” — Whether or not breach of Charter guarantees of fundamental justice, of freedom from arbitrary detention, of minimal criminal procedures, and of freedom from cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 11, 12, 24(1).*

Three years before the proclamation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* appellant was convicted of gross indecency under s. 157 of the *Criminal Code*, found to be a dangerous offender and sentenced to indeterminate detention. Appellant’s appeal from this determination and sentence was dismissed. Gross indecency was later deleted from the definition of “serious

**George Harvey Milne** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine du chef du Canada**  
*a Intimée*

et

**Le procureur général de l’Ontario et le  
b procureur général de la Colombie-  
Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. MILNE

N° du greffe: 19444.

*c* 1987: 27, 28 janvier; 1987: 19 novembre.

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

*d* EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

*Drroit criminel — Peines — Délinquant dangereux — Statut de délinquant “dangereux” résultant d’une déclaration de culpabilité de “sévices graves à la personne” — “Dangerosité” de l’accusé établie en fonction d’un crime ultérieurement exclu de la définition de “sévices graves à la personne” — La continuation de la détention de l’accusé dépend-elle du statut de délinquant “dangereux”? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 157, 687b).*

*Drroit constitutionnel — Charte des droits — Délinquant dangereux — Détention pour une période indéterminée — Statut de délinquant “dangereux” résultant d’une déclaration de culpabilité de “sévices graves à la personne” — “Dangerosité” de l’accusé établie en fonction d’un crime ultérieurement exclu de la définition de “sévices graves à la personne” — A-t-on violé les garanties de la Charte relativement à la justice fondamentale, à la protection contre la détention arbitraire, aux droits minimaux en matière de procédure criminelle et à la protection contre les peines cruelles et inusitées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 11, 12, 24(1).*

Trois ans avant la proclamation de la *Charte canadienne des droits et libertés* l’appellant a été déclaré coupable de grossière indécence en vertu de l’art. 157 du *Code criminel*. Il a été déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention pour une période indéterminée. L’appel de l’appellant contre cette détermination et cette peine a été rejeté. L’article 157 a par

personal injury offence" with the result that conviction under that offence no longer permits the making of an application under Part XXI of the *Code*.

Appellant queried the lawfulness of his continued detention and commenced the present proceedings seeking a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* with *certiorari* in aid and additionally, or in the alternative, a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. The application was dismissed and the Ontario Court of Appeal upheld that decision. At issue here, in addition to the ss. 7, 9, 11, and 12 *Charter* issues considered in *R. v. Lyons*, is whether the continued detention of a person, found to be a dangerous offender and sentenced to indeterminate detention, is valid under the *Charter* where the offence of which he was convicted is no longer one in respect of which indeterminate detention may be imposed.

*Held* (Wilson J. dissenting in part and Estey J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.: The present Part XXI of the *Criminal Code* does not infringe the *Charter*: *R. v. Lyons*.

A change in the law that deletes the offence of which the appellant was convicted from the list of offences in respect of which indeterminate detention may be imposed does not alter the status of a dangerous offender. The detention of a "dangerous offender" is not reviewable by writ of *habeas corpus* or under ss. 9 or 12 of the *Charter*, even if the offender ceases to have the characteristics of dangerousness that formed the basis for his indeterminate detention. The argument that "dangerousness" must be a continuing element does not properly reflect the nature, purpose or effect of the Part XXI sentence, is not supported by the plain words of s. 688 of the *Code*, and misconceives the nature, purpose and effect of the Parole Board's review procedure. Continuing detention is not premised on the status of "dangerousness" under existing law respecting dangerous offenders. In sum, the appellant has the same protections as those afforded any other person who is convicted of an offence and sentenced to a period of incarceration. He had a right to appeal when the sentence was pronounced and he may apply for parole at prescribed times. But like any other person who is properly convict-

la suite été retranché de la définition de «services graves à la personne», si bien qu'une déclaration de culpabilité à l'égard de cette infraction ne permet plus de présenter une demande fondée sur la partie XXI du *Code*.

<sup>a</sup> L'appellant a contesté la légalité de la continuation de sa détention et a engagé les présentes procédures en vue d'obtenir un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* avec *certiorari* auxiliaire et en outre, ou subsidiairement, une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cette demande a été rejetée, décision qu'a confirmée la Cour d'appel de l'Ontario. Outre les questions relatives aux art. 7, 9, 11 et 12 de la *Charte* examinées dans l'arrêt *R. c. Lyons*, la question qui se pose en l'espèce est de savoir si la détention continue d'une personne que l'on déclare être un délinquant dangereux et qui a été condamnée à la détention pour une période indéterminée, est valide en vertu de la *Charte* si l'infraction dont cette personne a été déclarée coupable ne peut plus entraîner la détention pour une période indéterminée.

<sup>d</sup> *Arrêt* (le juge Wilson est dissidente en partie et le juge Estey est dissident): Le pourvoi est rejeté.

<sup>e</sup> Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest: La partie XXI du *Code criminel* dans sa rédaction actuelle ne contrevient pas à la *Charte*: *R. c. Lyons*.

<sup>f</sup> Une modification de la loi qui supprime l'infraction dont l'appellant a été condamné de la liste des infractions pour lesquelles une peine de détention pour une période indéterminée peut être imposée ne modifie pas le statut de délinquant dangereux. La détention d'un «délinquant dangereux» ne peut faire l'objet de révision ni par voie d'*habeas corpus* ni en vertu des art. 9 ou 12 de la *Charte*, même si le délinquant cesse de manifester les traits indicatifs de la «dangerosité» qui constituent le fondement de sa détention pour une période indéterminée. L'argument selon lequel la «dangerosité» doit être un élément constant ne tient pas adéquatement compte de la nature, de l'objet ou de l'effet de la peine imposée en vertu de la partie XXI; il n'est pas appuyé par le sens littéral de l'art. 688 du *Code*; il traduit une conception erronée de la nature, de l'objet et de l'effet de la révision à laquelle procède la Commission des libérations conditionnelles. La continuation de la détention ne dépend pas de l'existence du statut de «dangerosité» aux termes de la loi actuellement en vigueur. En bref, l'appellant bénéficie des mêmes protections que celles qui sont accordées à n'importe quelle autre personne reconnue coupable d'une infraction et condamnée à une peine d'incarcération. Il avait le droit d'interjeter appel au moment où la peine a été imposée et il peut demander à des époques prescrites sa libération conditionnelle. Mais, comme toute autre personne qui est dûment déclarée coupable



ed and sentenced, he must otherwise serve his sentence according to its tenor.

The continued detention of the accused under Part XXI imposed following his conviction for gross indecency under the pre-existing law does not amount to cruel and unusual punishment or arbitrary detention.

Article 15 of the United Nations *International Covenant on Civil and Political Rights*, which provides that if the penalty for an offence is reduced after its commission, the offender is to benefit thereby, does not invalidate the appellant's sentence. Assuming it could apply to his situation, it must be read in the light of s. 11(i) of the *Charter*.

*Per Wilson J.* (dissenting in part): The accused had no knowledge when he pleaded guilty to the offences of which he was convicted that the Crown intended and had been instructed by the Attorney General to make an application under Part XXI of the *Code*. The Crown may have been entitled to function in this way when the Part XXI order was made prior to the coming into force of the *Charter*, but, for the reasons given in *Lyons*, accused's continued incarceration pursuant to an order made in these circumstances cannot be justified subsequent to the coming into force of s. 7 of the *Charter*. The accused accordingly is entitled to relief under s. 24(1) of the *Charter*.

*Per Estey J.* (dissenting): The continued incarceration of the appellant offends his right under s. 12 of the *Charter*. The prospect of a person's serving an indefinite sentence in a penitentiary for an offence no longer attracting such a term of imprisonment under the *Criminal Code* is "cruel and unusual" as this expression has been defined. Parliament itself found this sentence to be disproportionate when it amended Part XXI and it only remained for the courts to apply the *Charter* as a matter of law to appellant's present situation.

Sections 7 and 9 of the *Charter* might also be offended but the issues arising under ss. 7, 9, and 12 are so interwoven as to render this appeal an unsatisfactory base for any extension of the analysis of these rights.

Since *habeas corpus* with *certiorari* in aid would be an inappropriate remedy if the time already served by appellant were less than the proper sentence, a court must turn to s. 24(1) of the *Charter*. The matter should be remitted to the trial judge, notwithstanding the fact

et condamnée, il doit de toute façon purger intégralement sa peine.

La continuation de la détention de l'accusé en vertu de la partie XXI imposée par suite de sa condamnation pour grossière indécence en vertu de la loi alors en vigueur ne revient pas à une peine cruelle est inusitée ou à une détention arbitraire.

L'article 15 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* des Nations Unies, qui prévoit que si postérieurement à l'infraction, il y a réduction de la peine, le délinquant doit en bénéficier, n'invalide pas la peine de l'appelant. À supposer qu'il puisse s'appliquer à sa situation, on doit l'interpréter à la lumière de l'al. 11i) de la *Charte*.

*Le juge Wilson* (dissidente en partie): L'accusé ignorait, au moment où il a plaidé coupable à l'égard des infractions pour lesquelles il a été condamné, que la poursuite avait l'intention, sur les instructions du procureur général, de faire une demande fondée sur la partie XXI du *Code*. La poursuite a pu avoir le droit de suivre cette procédure au moment où l'ordonnance fondée sur la partie XXI a été rendue, avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. Pour les raisons données dans l'arrêt *Lyons*, la continuation de l'incarcération de l'accusé conformément à une ordonnance rendue dans ces circonstances ne peut être justifiée depuis l'entrée en vigueur de l'art. 7 de la *Charte*. En conséquence, l'accusé a droit à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

*Le juge Estey* (dissident): L'emprisonnement continu de l'appelant porte atteinte à son droit garanti par l'art. 12 de la *Charte*. La perspective qu'une personne puisse purger une peine d'une durée indéterminée dans un pénitencier relativement à une infraction qui n'entraîne désormais plus une telle peine d'emprisonnement aux termes du *Code criminel* est «cruelle et inusitée» selon la définition donnée à cette expression. Le Parlement lui-même a conclu que cette peine était disproportionnée lorsqu'il a modifié la partie XXI et il incombe seulement aux tribunaux d'appliquer en droit la *Charte* à la situation actuelle de l'appelant.

Il se peut également que les art. 7 et 9 de la *Charte* aient été enfreints, mais les questions soulevées en vertu des art. 7, 9 et 12 sont à ce point reliées que le présent pourvoi ne constitue pas une base propice à l'extension de l'analyse de ces droits.

Puisque l'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire ne serait pas un redressement approprié si la peine d'emprisonnement déjà purgée par l'appelant était moindre que la peine appropriée, la cour doit examiner le par. 24(1) de la *Charte*. L'affaire devrait être renvoyée au juge du

that he is now *functus*, for an assessment of the appropriate sentence.

#### Cases Cited

By La Forest J.

**Followed:** *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; **distinguished:** *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225; **referred to:** *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233.

By Wilson J. (dissenting in part)

*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309.

By Estey J. (dissenting)

*R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 9, 11, 12, 24(1).

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI, ss. 157, 617, 687(b) [rep. & sub. 1976-77, c. 53, s. 14; rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 125, s. 26], 688, 695.1, 710.

*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. 15.

*Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 35(d).

*Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2, s. 10(1)(a).

*Supreme Court Rules*, SOR/83-74, s. 32(4).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of Montgomery J. dismissing an application for *habeas corpus ad subjiciendum* with *certiorari* in aid or alternatively for a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal dismissed, Wilson J. dissenting in part and Estey J. dissenting.

*Ronald R. Price, Q.C.*, and *John Hill*, for the appellant.

*Ivan Whitehall, Q.C.*, and *Roslyn J. Levine*, for the respondent.

*Ian MacDonnell*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

procès, même s'il est maintenant dessaisi de l'affaire, pour qu'il évalue la peine convenable.

#### Jurisprudence

a Citée par le juge La Forest

**Arrêt suivi:** *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; **distinction d'avec l'arrêt:** *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225; **arrêts mentionnés:** *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233.

Citée par le juge Wilson (dissidente en partie)

*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

c Citée par le juge Estey (dissident)

*R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246.

d Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 9, 11, 12, 24(1).

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI, art. 157, 617, 687(b) [abr. & rempl. 1976-77, chap. 53, art. 14; abr. & rempl. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 26], 688, 695.1, 710.

*Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 35(d).

*Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, chap. P-2, art. 10(1)a).

f *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. 15.

*Règles de la Cour suprême*, DORS/83-74, art. 32(4).

g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté l'appel interjeté contre un jugement du juge Montgomery qui avait rejeté une demande visant à obtenir un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* avec *certiorari* auxiliaire ou, subsidiairement, une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pourvoi rejeté, le juge Wilson est dissidente en partie et le juge Estey est dissident.

i *Ronald R. Price, c.r.*, et *John Hill*, pour l'appelant.

*Ivan Whitehall, c.r.*, et *Roslyn J. Levine*, pour l'intimée.

j *Ian MacDonnell*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Joseph Arvay*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

LA FOREST J.—This appeal raises several general issues identical to those addressed in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, regarding whether the dangerous offenders provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI, ss. 687-695 as amended, are constitutionally valid having regard to the rights guaranteed by ss. 7, 9, 11 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In addition, it raises a number of specific issues regarding whether a person who was convicted before the commencement of the *Charter* of what was then, but is no longer, “a serious personal injury offence” under Part XXI and found to be “a dangerous offender” under that Part, and in consequence sentenced to “detention in a penitentiary for an indeterminate period in lieu of any other sentence”, can now have that detention reviewed either by means of a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid on the ground that he is no longer a dangerous offender, or under the *Charter* on the ground that such detention constitutes arbitrary detention or imprisonment (s. 9) or cruel and unusual punishment (s. 12). The general issues have already been discussed in *Lyons*. The present judgment is, therefore, largely confined to the specific issues.

#### Facts and Procedural History

On June 20, 1979, some three years before the *Charter* was proclaimed, the appellant George Harvey Milne pleaded guilty, before His Honour Judge Denroche of the British Columbia Provincial Court, to five counts of gross indecency contrary to s. 157 of the *Criminal Code*. The offences occurred over a period of nine months and involved sexual activity with boys between the ages of thirteen and sixteen. On the same day, the Crown requested and was granted an adjournment to enable it to bring a dangerous offender application

*Joseph Arvay*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges McIntyre, Lamer, Le Dain et La Forest rendu par

LE JUGE LA FOREST—Ce pourvoi soulève plusieurs questions générales identiques à celles abordées dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309. Ces questions sont de savoir si les dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI, art. 687 à 695 et modifications, relatives aux délinquants dangereux sont constitutionnelles compte tenu des droits garantis par les art. 7, 9, 11 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Se posent aussi un certain nombre de questions précises quant à savoir si une personne qui, avant l'entrée en vigueur de la *Charte* a été déclarée coupable de ce qui constituait alors, mais qui n'est plus, «un sévère grave à la personne» au sens de la partie XXI, et qui s'est vu qualifier de «délinquant dangereux» en vertu de ladite partie, de sorte qu'on lui a infligé «au lieu de toute autre peine [...] une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée», peut maintenant obtenir la révision de cette détention soit par voie de bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire pour le motif qu'elle n'est plus un délinquant dangereux, soit en vertu de la *Charte* pour le motif que cette détention constitue une détention ou un emprisonnement arbitraires (art. 9) ou une peine cruelle et inusitée (art. 12). Comme les questions générales ont déjà été étudiées dans l'arrêt *Lyons*, nous nous bornons ici surtout à un examen des questions précises.

#### Historique des faits et des procédures

Le 20 juin 1979, environ trois ans avant la proclamation de la *Charte*, l'appelant George Harvey Milne a plaidé coupable devant le juge Denroche de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique relativement à cinq chefs d'accusation d'avoir commis des actes de grossière indécence contrairement à l'art. 157 du *Code criminel*. Les infractions se sont échelonnées sur une période de neuf mois et consistaient en des actes sexuels commis avec des garçons âgés de treize à seize ans. Le même jour, le ministère public a sollicité et

under Part XXI of the *Code*. The application was subsequently made before the same judge on May 29, 1980.

At that time, s. 687 of the *Code* defined "serious personal injury offence" to include gross indecency. Section 687(b) then read as follows:

687. . . .

(b) an offence mentioned in section 144 (rape) or 145 (attempted rape) or an offence or attempt to commit an offence mentioned in section 146 (sexual intercourse with a female under fourteen or between fourteen and sixteen), 149 (indecent assault on a female), 156 (indecent assault on a male) or 157 (gross indecency). [Emphasis added.]

I should add that, similar to the situation that now exists, for the dangerous offenders provisions to apply to these sexual offences, it was necessary to establish to the satisfaction of the court that "the offender, by his conduct in any sexual matter including that involved in the commission of the offence for which he has been convicted, has shown a failure to control his sexual impulses and a likelihood of his causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his sexual impulses" (s. 688(b)).

The judge noted that the appellant had previously been convicted of six property offences, one bail offence and three indecent assault offences, all against males. He concluded that the appellant had, by his conduct, shown a failure to control his sexual impulses, a pattern that was likely to continue in the future and to cause injury, pain or other evil to other persons. He, therefore, found the appellant to be a dangerous offender. He was also satisfied that a sentence of detention for an indeterminate period in lieu of any other sentence was necessary because of "how little change has been effected in the offender's conduct to date, the lack of motivation [to change] exhibited up until the time of his arrest on the present charges and the only available figures on recidivism". The appellant's appeal from this determination and

s'est vu accorder un ajournement afin de pouvoir présenter, en vertu de la partie XXI du *Code*, une demande visant à faire déclarer que Milne était un délinquant dangereux. Cette demande a été adressée au même juge le 29 mai 1980.

À l'époque, la grossière indécence était comprise dans la définition que l'art. 687 du *Code* donnait à l'expression «sévices graves à la personne». L'alinéa 687b) se lisait alors ainsi:

687. . . .

b) les infractions prévues aux articles 144 (viol) ou 145 (tentative de viol), les infractions ou tentatives de perpétration de l'une des infractions prévues aux articles 146 (rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans ou de plus de quatorze ans mais de moins de seize ans), 149 (attentat à la pudeur d'une personne du sexe féminin), 156 (attentat à la pudeur d'une personne du sexe masculin) ou 157 (grossière indécence). [Je souligne.]

J'ajouterais que, à l'instar de la situation qui existe maintenant, pour que les dispositions relatives aux délinquants dangereux s'appliquent à ces infractions sexuelles, il était nécessaire de convaincre la cour que «la conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, démontre son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes» (al. 688b)).

Le juge a fait remarquer que l'appelant avait déjà été reconnu coupable de six infractions contre la propriété, d'une violation des conditions de la liberté sous caution et de trois attentats à la pudeur, tous perpétrés contre des personnes du sexe masculin. Il a conclu que la conduite de l'appelant démontrait son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles, tendance qui, selon toute vraisemblance, se maintiendrait dans l'avenir et causerait des sévices ou autres maux à d'autres personnes. Par conséquent, il a conclu que l'appelant était un délinquant dangereux. Il était aussi convaincu qu'une peine de détention pour une période indéterminée au lieu de toute autre peine s'imposait étant donné [TRADUCTION] «le peu de changement qu'il y a eu jusqu'à présent dans la conduite du délinquant ainsi que le manque de

against sentence to the British Columbia Court of Appeal (Taggart J.A., McFarlane and Carrothers J.J.A. concurring) was dismissed on March 10, 1982.

On January 4, 1983, s. 687(b) of the *Code* was amended by S.C. 1980-81-82-83, c. 125 s. 26. These amendments deleted the offence under s. 157 (gross indecency) from the definition of "serious personal injury offence". This means that a conviction under s. 157 no longer permits the making of an application under Part XXI of the *Code*.

On November 14, 1984 the appellant commenced the present proceedings by way of originating notice of motion in the Supreme Court of Ontario. He sought a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* with *certiorari* in aid and additionally, or in the alternative, a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which had been proclaimed into force subsequent to the commencement of his sentence. The proceedings were brought for the purpose of determining the lawfulness of his continuing detention under the indeterminate sentence. They were instituted in Ontario because the appellant was at that time incarcerated in Warkworth Institution, a penitentiary located in that province.

On December 11, 1984, Montgomery J., dismissed the application. He noted, however, that the appellant was not left without a remedy. "He may make application to the National Parole Board and attempt to convince that body that he is no longer a danger to the community. An accused who is sentenced to a term of preventive detention having exhausted his appeal remedies ought in my view to serve his sentence unless the Parole Board on subsequent review after an appropriate amount

motivation [pour changer] qu'il a manifesté jusqu'au moment de son arrestation relativement aux accusations portées contre lui en l'espèce et compte tenu des seuls chiffres dont on dispose sur la question de la récidive». L'appelant a interjeté appel de cette décision et de la peine imposée, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (motifs du juge Taggart auxquels ont souscrit les juges McFarlane et Carrothers) l'a débouté le 10 mars 1982.

Le 4 janvier 1983, l'al. 687b) du *Code* a été modifié par S.C. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 26. Par ces modifications, on a supprimé de la définition de l'expression «sévices graves à la personne» l'infraction à l'art. 157 (grossière indécence). Cela signifie qu'une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 157 ne permet plus de faire une demande fondée sur la partie XXI du *Code*.

Le 14 novembre 1984, l'appelant, par voie d'avis de requête, a engagé la présente instance devant la Cour suprême de l'Ontario. Il demandait un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* avec *certiorari* auxiliaire et, en outre ou subsidiairement, une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dont l'entrée en vigueur avait été proclamée après qu'il eut commencé à purger sa peine de détention pour une période indéterminée. La procédure ainsi engagée visait à obtenir une décision sur la légalité de la continuation de cette détention. Si ce sont les tribunaux ontariens qui en ont été saisis, cela tient à ce que l'appelant à l'époque en question était incarcéré à l'établissement de Warkworth, un pénitencier qui se trouve en Ontario.

Le 11 décembre 1984, la demande a été rejetée par le juge Montgomery, qui a toutefois souligné que cela ne laissait pas l'appelant sans voie de recours. Comme l'a dit le juge Montgomery: [TRADUCTION] «Il peut s'adresser à la Commission nationale des libérations conditionnelles et tenter de la convaincre qu'il ne représente plus un danger pour la société. Un accusé condamné à une peine de détention préventive qui a épuisé ses possibilités d'appel devrait, selon moi, purger sa peine, à moins que la Commission des libérations conditionnelles ne conclue, à la suite d'une révision subséquente entreprise après qu'une partie convenable de la

of time has been served finds that he is no longer a risk to the public.”

An appeal from Montgomery J.'s decision was dismissed, with brief written reasons, by the Ontario Court of Appeal (Dubin, Morden and Grange J.J.A.) on June 10, 1985. In their opinion “the amendment to the *Criminal Code* did not affect the validity of the detention of the appellant”. On December 10, 1985, leave to appeal to this Court was granted.

On June 23, 1986 constitutional questions were stated by the Chief Justice in the following form:

1. Whether the provisions of Part XXI of the *Criminal Code* of Canada, dealing with an application for finding, and sentencing, an individual as a dangerous offender, in whole or in part, infringe or deny the rights guaranteed by ss. 7, 9, 11 and/or 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If so, then are the provisions of Part XXI of the *Criminal Code*, in whole or in part, justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

It should be noted that these are identical to the questions stated in the *Lyons* appeal.

Pursuant to notice under R. 32(4) of the *Supreme Court Rules*, the Attorneys General of Ontario and British Columbia subsequently intervened in the appeal.

#### The Issues

As already intimated, the issues involved in the constitutional questions stated by the Chief Justice have already been fully discussed in *Lyons* where I concluded that the present Part XXI does not contravene the *Charter* rights referred to, and I find it unnecessary to add anything to the analysis there made. I shall therefore confine myself to the issues that are specific to this case.

peine a été purgée, qu'il ne constitue plus un risque pour le public.»

Le 10 juin 1985, la Cour d'appel de l'Ontario composée des juges Dubin, Morden et Grange, dans de brefs motifs écrits, a rejeté l'appel de la décision du juge Montgomery. À son avis, [TRADUCTION] «la modification du *Code criminel* ne changeait rien à la légitimité de la détention de l'appelant». Le 10 décembre 1985, l'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée.

Le 23 juin 1986, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les dispositions de la partie XXI du *Code criminel* du Canada portant sur une demande visant à faire déclarer qu'une personne est un délinquant dangereux et sur l'imposition d'une peine à la personne ayant fait l'objet d'une telle déclaration, portent-elles atteinte en totalité ou en partie aux droits garantis par les art. 7, 9, 11 et 12, ou l'un ou l'autre de ces articles, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Dans l'affirmative, les dispositions de la partie XXI du *Code criminel* sont-elles alors justifiées, en totalité ou en partie, compte tenu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Précisons que ces questions sont identiques à celles posées dans l'affaire *Lyons*.

Par suite d'un avis donné conformément au par. 32(4) des *Règles de la Cour suprême*, les procureurs généraux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique sont intervenus dans le pourvoi.

#### Les questions en litige

Comme je l'ai déjà laissé entendre, les points soulevés par les questions constitutionnelles qu'a formulées le Juge en chef ont déjà fait l'objet d'une étude exhaustive dans l'arrêt *Lyons*, où j'ai conclu que la partie XXI dans son état actuel ne porte nullement atteinte aux droits susmentionnés garantis par la *Charte* et je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'ajouter quoi que ce soit à ce qui y a été dit. Je m'en tiendrai donc aux questions précises qui se posent en l'espèce.

The appellant's principal argument, which I shall for convenience refer to as the "continuing status argument", is deceptively simple and may thus be stated. Part XXI provides a mechanism for determining whether a person convicted of a "serious personal injury offence" is a "dangerous offender". As a consequence of this determination, a person labelled as having the "status" of a dangerous offender may be sentenced to a period of indeterminate detention, but only for as long as the offender continues to evince the characteristics that are comprised in the "status" of dangerousness. If he ceases to do so, the basis for his incarceration vanishes and his detention may be reviewed by means of a writ of *habeas corpus*, or under the *Charter* on the ground that continuing to detain him amounts to arbitrary detention or imprisonment (s. 9), or cruel and unusual treatment or punishment (s. 12).

It follows, so the argument goes, that when a court is called upon to review the continued detention of the offender, what is sought is not a review of the initial determination that the offender was dangerous, but rather a determination of whether he or she continues to be dangerous. The latter determination, the argument continues, must be made in light of the current provisions of Part XXI. In the appellant's case, this means that he can no longer be said to possess the requisite characteristics of dangerousness because the crime for which he was convicted, gross indecency, is no longer included in the definition of "serious personal injury offence" (s. 687). His status has therefore ceased to exist and his continued detention can no longer be justified. In other words, continuing detention is premised on a condition or status of dangerousness under existing law and therefore, it is argued, once that status no longer attaches, the offender must be released. The review by the Parole Board provided by the legislation is, therefore, not an adequate or appropriate remedy because the criteria the Board applies do not, if this argument is accepted, properly address the question whether an applicant should remain in detention, in that they do not oblige the Board

L'argument principal de l'appelant, que, par souci de commodité j'appellerai «l'argument du statut continu», est d'une simplicité trompeuse. Suivant cet argument, la partie XXI crée un mécanisme qui permet de déterminer si une personne reconnue coupable de «sévices graves à la personne» est un «délinquant dangereux». Quiconque, par suite de cette détermination, se voit attribuer le «statut» de délinquant dangereux peut être condamné à la détention pour une période indéterminée, laquelle ne durera qu'aussi longtemps que le délinquant continuera à manifester les caractéristiques rattachées au «statut» de dangerosité. Du moment qu'il cesse de les manifester, son incarcération n'a plus de raison d'être et elle peut alors faire l'objet d'une révision soit par voie de bref d'*habeas corpus*, soit en vertu de la *Charte*, pour le motif que sa continuation constitue une détention ou un emprisonnement arbitraires (art. 9) ou un traitement ou une peine cruels et inusités (art. 12).

Il s'ensuit, selon cet argument, que lorsqu'un tribunal est saisi d'une demande de révision de la détention continue d'un délinquant, ce qu'on cherche à obtenir n'est pas un examen de la détermination initiale que le délinquant était dangereux, mais plutôt une réponse à la question de savoir s'il continue d'être dangereux. Cette dernière détermination, prétend-on, doit se faire en fonction des dispositions actuelles de la partie XXI. Dans le cas de l'appelant, cela veut dire qu'on ne peut plus dire qu'il possède les caractéristiques requises de dangerosité parce que le crime pour lequel il a été condamné, savoir la grossière indécence, n'est plus compris dans la définition de l'expression «sévices graves à la personne» (art. 687). Il a donc cessé d'avoir le statut de délinquant dangereux et la continuation de sa détention ne saurait dès lors se justifier. En d'autres termes, la continuation de la détention est conditionnée par un état ou un statut de dangerosité prévus par la loi existante. Par conséquent, soutient-on, du moment que le délinquant n'a plus ce statut, il doit être mis en liberté. La révision par la Commission des libérations conditionnelles prévue par le texte législatif en question ne constitue donc pas une voie de recours suffisante ou appropriée parce que les critères qu'applique la Commission ne permettent pas, toujours selon cet argument, d'étudier adéquatement

to consider whether he is “dangerous” having regard to the current *Code* provisions.

So far as *Charter* review is concerned, the argument continues, the *Charter* is not being applied retrospectively. The original pre-*Charter* labelling and sentencing are not, it is said, being reviewed. Instead the *Charter* review is aimed at determining whether the appellant continues to have the status of a dangerous offender under existing law.

It is obvious that the main reason the “continuing status” argument is advanced is to forestall a claim that the appellant, in now seeking to have the legality of his detention reviewed, is endeavouring to have the earlier decisions of the British Columbia Courts reviewed in light of the 1983 *Criminal Code* amendments and the *Charter*, both of which came into force long after the original sentence was pronounced and the appeal process exhausted.

In developing this argument, counsel for the appellant referred to several cases. One was *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225 (Ont. H.C.), where the status argument also appears to have been raised. The facts of that case bear a considerable resemblance to the present. There, the applicant, after having been convicted of fourteen property offences, was found in 1970 to be an habitual criminal under the then existing habitual criminal provisions of the *Code* and was sentenced to an indeterminate sentence. In 1977, long after he had unsuccessfully appealed this sentence, the habitual criminal legislation was repealed and the dangerous offender provisions of the *Code* were enacted under which the applicant could not have been declared a dangerous offender. After the enactment of the *Charter*, the applicant applied for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* with *certiorari* in aid, and in the alternative for relief pursuant to s. 24(1) of the *Charter*.

la question de savoir si un requérant doit rester emprisonné; en effet, la Commission n'est pas tenue en vertu de ces critères de se demander si ce requérant est «dangereux» au sens où l'entendent les dispositions actuelles du *Code*.

Pour ce qui est de l'examen fondé sur la *Charte*, selon l'argument, il ne s'agit pas de donner à ce document un effet rétroactif. Ce ne sont pas la qualification attribuée et la peine imposée avant l'entrée en vigueur de la *Charte* qui font, dit-on, l'objet de l'examen. L'examen fondé sur la *Charte* vise plutôt à déterminer si l'appelant a encore le statut de délinquant dangereux aux termes de la loi actuellement en vigueur.

Il est évident que l'argument du «statut continu» est invoqué dans le but principalement de prévenir toute prétention que l'appelant, en cherchant maintenant à faire examiner la légalité de sa détention, tente d'obtenir la révision des décisions antérieures des tribunaux de la Colombie-Britannique en fonction des modifications apportées en 1983 au *Code criminel* et aussi en fonction de la *Charte*, lesquelles sont entrées en vigueur bien après que la condamnation a été prononcée et les possibilités d'appel épuisées.

En exposant cet argument, l'avocat de l'appelant s'est référé à plusieurs causes, dont *Mitchell v. Attorney General of Ontario* (1983), 35 C.R. (3d) 225 (H.C. Ont.), où l'argument relatif au statut paraît également avoir été avancé. Les faits de cette affaire ressemblent beaucoup à ceux de la présente instance. Là, le requérant, après avoir été reconnu coupable de quatorze infractions contre la propriété, a en 1970 été déclaré repris de justice en vertu des dispositions relatives aux repris de justice qui figuraient à l'époque dans le *Code*, ce qui lui a valu une condamnation à une peine d'une durée indéterminée. En 1977, longtemps après qu'il eut été débouté de l'appel qu'il avait interjeté contre cette condamnation, on a abrogé les dispositions concernant les repris de justice et on a adopté les dispositions du *Code* relatives aux délinquants dangereux, sous le régime desquelles le requérant n'aurait pas pu être déclaré délinquant dangereux. Après l'adoption de la *Charte*, il a donc demandé un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* avec *certiorari* auxiliaire et, subsidiairement, une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.



The judgment in that case affords support for that portion of the appellant's argument that suggests that it is the present continuing detention, and not the original sentence, that is being subjected to review and that so far as *Charter* review is concerned, this does not amount to giving it a retroactive or retrospective application. Linden J. had this to say at p. 229:

The imposition of the sentence of preventive detention is not being challenged in this application. Rather, the applicant has invited this court to find that his *continued* detention pursuant to that sentence violates his rights to be protected against cruel and unusual treatment or punishment, and not to be arbitrarily detained or imprisoned. The applicant relies upon changes to the provisions of Pt. XXI of the Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, and the enactment of the Charter of Rights in support of these allegations. [Emphasis in original.]

At page 232, he continued:

Before passing on to the merits of the application, it also should be noted that no issue as to the retroactive or retrospective application of the Charter arises on the facts of this case. This application is based upon alleged infringements of the Charter occurring at the present time as a result of the continuing incarceration of the applicant. None of the decisions of the various courts and of the parole board is being challenged. Nor is the legality of the detention of the applicant prior to the coming into force of the Charter under attack.

As I read it, however, the *Mitchell* case gives the appellant no assistance regarding that aspect of his argument that suggests that in order for his detention to be valid, the crime for which he was convicted must still be a serious personal injury offence that could justify an application under Part XXI. Rather, as I read the judgment, Linden J. would not have released him on that ground. His decision rests squarely on his view that if it could be shown on a subsequent application that the applicant was not a menace to society but was instead merely a social nuisance, his continued detention would amount to cruel and unusual punishment and so be invalid as violating s. 12 of the *Charter*. On the subsequent application, again before Linden J., the applicant's continued detention was found to violate s. 12 and his release was ordered even though he had twice earlier, when released, violated the terms of his parole and

Le jugement rendu dans cette affaire appuie l'argument de l'appelant dans la mesure où il prétend que c'est la continuation de la détention au moment présent et non pas la condamnation initiale qui fait l'objet d'une révision et que, pour ce qui est de l'examen fondé sur la *Charte*, cela ne revient pas à donner à celle-ci un effet rétroactif. Le juge Linden fait observer, à la p. 229:

[TRADUCTION] Dans cette demande, on ne conteste pas la condamnation à une peine de détention préventive. Le requérant invite plutôt la cour à conclure que la *continuation* de sa détention par suite de cette condamnation porte atteinte à son droit à la protection contre les traitements ou les peines cruels et inusités et contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires. Il fonde ces allégations sur les modifications apportées aux dispositions de la partie XXI du Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, et sur l'adoption de la Charte des droits. [Italiques dans le texte original.]

Il poursuit, à la p. 232:

[TRADUCTION] Avant d'étudier la demande au fond, il convient de souligner que, d'après les faits de l'espèce, la question de l'application rétroactive de la Charte ne se pose pas. La demande est fondée sur des violations de la Charte qui se produiraient présentement en raison de la continuation de l'incarcération du requérant. Aucune décision des différents tribunaux et de la Commission des libérations conditionnelles n'est contestée. On ne conteste pas non plus la légalité de la détention du requérant avant l'entrée en vigueur de la Charte.

Toutefois, si je la comprends bien, la décision *Mitchell* n'est d'aucun secours à l'appelant en ce qui concerne ce volet de son argument qui laisse entendre que sa détention ne peut être légitime que si le crime dont il a été déclaré coupable constitue encore un sévère grave à la personne pouvant justifier une demande en vertu de la partie XXI. J'estime plutôt que le juge Linden ne l'aurait pas mis en liberté en se fondant sur ce moyen. Sa décision repose carrément sur son opinion que si, dans le cadre d'une demande subséquente, on pouvait démontrer que le requérant représentait pour la société non pas un danger mais un simple fléau social, la continuation de sa détention constituerait une peine cruelle et inusitée, et serait alors contraire à l'art. 12 de la *Charte* et, partant, illégale. Quand la demande subséquente a été présentée encore une fois devant le juge Linden, on a jugé que la continuation de la détention du requérant

despite the fact that the Parole Board had, even after Linden J.'s earlier decision, refused to grant him parole.

To fall within the rationale of this case, therefore, the appellant would have to establish that continued indeterminate detention for gross indecency in circumstances like those in the present case constitutes cruel and unusual punishment. Counsel for the appellant did argue the general proposition that Part XXI was invalid as amounting among other things to cruel and unusual punishment or arbitrary detention, but that argument fails for the reasons given in *Lyons*. He also attempted to underline that the offence committed by the appellant did not appear to be dangerous in the same sense as those now listed in Part XXI. However, he at no time argued that, assuming the general validity of Part XXI, it would amount to cruel and unusual punishment or arbitrary detention to subject the appellant to indeterminate detention because the offence of which he was convicted was not sufficiently dangerous to warrant such detention. It would have been very difficult for him to do so. While there was no violence involved, and so no element of dangerousness in that sense, the evidence revealed that the appellant was a very manipulative person who engaged in a pattern of behaviour in which he befriended young boys and then induced them to participate in sexual activities by first getting them to drink to excess. The evidence also revealed that the boys involved in the series of incidents that led to the charges that resulted in his being declared a dangerous offender had suffered varying degrees of psychological harm from these encounters. The effect on one of them, for example, was described as "very traumatic" and as having "affected the boy's development severely". The appellant is thus far from being merely a social nuisance like the applicant in the *Mitchell* case, but has persisted in behaviour of a kind that could cause injury, pain or other evil similar to the sexual offences still included in s. 687(b). In my view, therefore, his continued detention for an indeterminate period

allait à l'encontre de l'art. 12 et on a ordonné sa mise en liberté même si auparavant il avait, à deux reprises, après avoir été élargi, violé les conditions de sa liberté conditionnelle, et malgré le fait que la Commission des libérations conditionnelles avait, même après la décision antérieure du juge Linden, refusé de lui accorder la libération conditionnelle.

Donc, pour que cette décision puisse s'appliquer au cas de l'appellant, il lui faudrait établir que la continuation de la détention de durée indéterminée pour grossière indécence dans des circonstances comme celles qui se présentent en l'espèce constitue une peine cruelle et inusitée. L'avocat de l'appellant a soutenu de manière générale que la partie XXI n'est pas valide en ce sens qu'elle entraîne notamment l'imposition d'une peine cruelle et inusitée ou la détention arbitraire, mais cet argument échoue pour les motifs énoncés dans l'arrêt *Lyons*. Il a aussi tenté de faire ressortir que l'infraction commise par l'appellant ne paraissait pas dangereuse au sens des infractions énumérées maintenant dans la partie XXI. Toutefois, il n'a aucunement fait valoir que, à supposer que la partie XXI soit généralement valide, détenir l'appellant pour une période indéterminée constituerait une peine cruelle et inusitée ou une détention arbitraire parce que la dangerosité de l'infraction dont il avait été déclaré coupable ne suffisait pas à justifier une telle détention. Il lui aurait été très difficile de le faire. Malgré l'absence d'acte de violence et donc d'élément de dangerosité à cet égard, il est ressorti de la preuve que l'appellant était une personne très manipulatrice dont le mode de comportement consistait à venir à l'aide de jeunes garçons pour ensuite les amener à participer à des activités sexuelles en les faisant boire. Il est également ressorti de la preuve que les garçons impliqués dans la série d'incidents à l'origine des accusations qui ont permis de le faire déclarer délinquant dangereux avaient subi un préjudice psychologique plus ou moins grave par suite de ces rencontres. On a dit que cela avait eu sur l'un d'eux, par exemple, un effet «très traumatisant» et avait «gravement affecté son développement». Loin d'être un simple fléau social comme c'était le cas dans l'affaire *Mitchell*, l'appellant a continué de se comporter d'une manière susceptible de causer des sévices ou autres maux semblables aux infractions sexuel-

does not constitute cruel and unusual punishment or arbitrary detention.

Counsel for the appellant also relied on the Ontario Court of Appeal decision in *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336, as support for his continuing status argument. In that case, the validity of s. 688 of the *Code* was scrutinized by the Court of Appeal in light of the *Charter*, which had been proclaimed since the trial judge's decision had been rendered. In discussing the timing of the appeal, Lacourcière J.A., writing for the court, noted at p. 352:

We agree with Mr. Frost's submission that because the *Charter* came into force after the appellant was found to be a dangerous offender, the sections of the *Charter* invoked by the appellant have no application to the proceedings before Judge Carter and do not reach back and affect them: *R. v. Antoine* (1983), 41 O.R. (2d) 607 at p. 613, 5 C.C.C. (3d) 97 at p. 102, 148 D.L.R. (3d) 149 at p. 155.

However, the time within which an appeal could be taken was extended by the Associate Chief Justice of Ontario and the appeal against the indeterminate sentence pursuant to s. 694 of the *Code* is properly before us. This sentence, in turn, is based on the finding that the appellant is a dangerous offender and this status of dangerous offender is a continuing status necessary for the validity of the sentence and the consequent detention. I conclude therefore that, on the appeal, the Court has jurisdiction to determine, as a question of law, whether the sentence, based on the continuing status, violates any right protected by the *Charter*. [Emphasis added.]

It is unclear from the judgment, however, whether the reference to a "continuing status" in this passage was intended to have the broad meaning and consequences which the appellant argues it has in this case, or whether it was simply used to indicate that the case was still "in the system" (see *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246) as it had not yet been appealed and therefore could be scrutinized by the Court of Appeal in light of the *Charter*. The factual setting of the case and the court's comments in other parts of the judgment (see for example p. 351) would support the latter

les qui sont encore incluses à l'al. 687b). À mon avis, la continuation de sa détention pour une période indéterminée ne constitue donc pas une peine cruelle et inusitée ou une détention arbitraire.

À l'appui de son argument du statut continu, l'avocat de l'appelant a également invoqué l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Langevin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 336. Il s'agit là d'une affaire où la Cour d'appel a examiné la validité de l'art. 688 du *Code* en fonction de la *Charte*, qui avait été proclamée depuis le moment où le juge du procès avait rendu sa décision. Au sujet du moment où l'appel a été interjeté, le juge Lacourcière, qui a rédigé les motifs de la cour, fait remarquer, à la p. 352:

[TRADUCTION] Nous sommes d'accord avec M<sup>e</sup> Frost pour dire que, vu que la *Charte* est entrée en vigueur après que l'appelant eut été jugé délinquant dangereux, les dispositions de la *Charte* invoquées par ce dernier ne s'appliquent pas aux procédures devant le juge Carter et n'ont aucun effet rétroactif sur elles: *R. v. Antoine* (1983), 41 O.R. (2d) 607, à la p. 613, 5 C.C.C. (3d) 97, à la p. 102, 148 D.L.R. (3d) 149, à la p. 155.

Le délai pour former un appel a toutefois été prorogé par le juge en chef adjoint de l'Ontario et c'est donc à juste titre que nous sommes saisis de l'appel interjeté en vertu de l'art. 694 du *Code* contre la peine de durée indéterminée. Quant à cette peine, elle repose sur la conclusion que l'appelant est un délinquant dangereux et la continuation de ce statut de délinquant dangereux est une condition nécessaire à la validité de la condamnation et de la détention qui en résulte. Je conclus donc que la cour a compétence pour trancher dans le cadre de l'appel la question de droit de savoir si, compte tenu de l'exigence d'un statut continu, la peine imposée porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*. [Je souligne.]

Toutefois, il n'est pas clair à la lecture de l'arrêt si l'expression «statut continu» mentionnée dans ce passage devait avoir le sens large et les conséquences que fait valoir l'appelant en l'espèce, ou si elle a été employée simplement pour indiquer que l'affaire était toujours «en cours» (voir *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246), vu qu'aucun appel n'avait encore été interjeté et que la Cour d'appel pouvait en conséquence l'examiner en fonction de la *Charte*. Les faits de l'espèce ainsi que les observations que fait la cour ailleurs dans son jugement (voir, par exemple, la p. 351) tendent à étayer ce

view. I do not, in any event, read this case as authority for the continuing status argument as that argument was framed by the appellant.

However that may be, I am clearly of the opinion that this argument does not properly reflect the nature, purpose or effect of the sentence imposed under Part XXI of the *Code*. Nor is it supported by the plain wording of s. 688, which does not on any view support the notion that the sentence is contingent on the offender continuing to meet the requisites of any subsequent amendments to Part XXI. The appellant's argument also misconceives the nature, purpose and effect of the review procedure by the Parole Board mandated by s. 695.1. As I stated in *Lyons* at pp. 342-44:

It must be remembered that the offender is being sentenced indeterminately because at the time of sentencing he was found to have a certain propensity. The sentence is imposed "in lieu of any other sentence" that might have been imposed and, like any other such sentence, must be served according to its tenor. The offender is not being sentenced to a term of imprisonment until he is no longer a dangerous offender. Indeed, s. 695.1 provides that the circumstances of the offender be reviewed for the purpose of determining whether parole should be granted and, if so, on what conditions; it does not provide that the label of dangerous offender be removed or altered . . . .

It may be argued that the legislation could be better tailored. For example, it might have been argued that the review process should focus solely on whether the offender continued to possess the characteristics that defined him or her as a proper subject of indeterminate detention. Indeed, one might say that to ask, as the Parole Board does, whether the individual has been reformed or rehabilitated, is to pose a question that *ex hypothesi* cannot be answered affirmatively, for it was implicit in the designation of the offender as dangerous that he or she was not amenable to rehabilitation by usual means. However, this argument must be rejected for a number of reasons.

dernier point de vue. Je ne crois pas en tout état de cause que cet arrêt puisse servir de fondement à l'argument du statut continu tel que l'a formulé l'appellant.

<sup>a</sup> Quoi qu'il en soit, je suis nettement d'avis que cet argument ne reflète pas adéquatement la nature, l'objet ou l'effet de la peine imposée en vertu de la partie XXI du *Code*. Il n'est pas appuyé non plus par le texte clair de l'art. 688, lequel ne justifie aucunement la notion selon laquelle la peine est subordonnée à la condition que le délinquant continue à satisfaire aux exigences posées par toute modification ultérieure de la partie XXI. L'argument de l'appellant traduit par ailleurs une conception erronée de la nature, de l'objet et de l'effet de la révision à laquelle la Commission des libérations conditionnelles est tenue de procéder en vertu de l'art. 695.1. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Lyons* aux pp. 342 à 344:

Il faut se rappeler que, si le délinquant se voit condamner à une peine d'une durée indéterminée, c'est parce qu'au moment de la condamnation on a jugé qu'il avait une propension à un certain type de conduite. Cette peine est imposée «au lieu de toute autre peine» qui aurait pu être infligée et, comme toute autre peine, elle doit être purgée intégralement. Le délinquant n'est pas condamné à purger une peine d'emprisonnement jusqu'à ce qu'il ne soit plus dangereux. L'article 695.1 prescrit d'ailleurs l'examen de la situation du délinquant afin d'établir s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle et, dans l'affirmative, à quelles conditions; cet article n'exige ni la suppression ni la modification du qualificatif de «délinquant dangereux» . . .

On peut faire valoir que les dispositions en cause auraient pu être mieux adaptées. Par exemple, on aurait peut-être pu prétendre que le processus de révision devrait viser uniquement à déterminer si le délinquant possède encore les caractéristiques qui ont fait qu'il pouvait se voir infliger une peine de détention pour une durée indéterminée. En vérité, on pourrait affirmer que se demander, comme le fait la Commission des libérations conditionnelles, s'il y a eu amendement ou réadaptation de l'individu, revient à poser une question qui, par hypothèse, ne peut recevoir une réponse affirmative, car il découle implicitement de ce que le délinquant a été qualifié de dangereux que les méthodes habituellement employées pour assurer la réinsertion sociale seraient inefficaces dans son cas. Plusieurs raisons militent toutefois en faveur du rejet de cet argument.

To begin with, the criteria actually used serve to emphasize the point made earlier in this judgment that sentencing, even under Part XXI, embodies a complex of penological objectives. I do not think it can be argued, either as a matter of logic or of common sense, that by virtue of a decision to sentence an offender according to considerations based primarily on prevention, other equally valid, subsisting penal goals cease to be relevant. To reiterate, protecting society from the dangerous offender never wholly supplants the other legitimate objectives embodied in a Part XXI sentence.

Seen in this light it would be preposterous to require of dangerous offenders only that they demonstrate to the Parole Board that they have ceased to be "dangerous" (in terms identical to those used in Part XXI), for this would require of them a lesser showing than is required of other convicts. It seems to me that had s. 695.1 provided for a "dangerous offender review", rather than a parole review, but borrowed the identical criteria employed in the *Parole Act*, it would perhaps be more readily apparent that the review provided for does, indeed, accomplish the requisite tailoring sufficient to sustain the legislative scheme as a whole. Section 10(1)(a)(iii) requires the Board to consider whether the release of the inmate would constitute an "undue risk" to society; if the accused continues to be dangerous then, by definition, this criterion remains unsatisfied. Section 10(1)(a) also requires that the Board be satisfied that the inmate has derived the maximum benefit from incarceration and that the inmate's reform and rehabilitation would be aided by release.

These criteria seem to me to be no less pertinent reflections of society's concerns in releasing dangerous offenders than they are in releasing other offenders. [Emphasis in original.]

In sum, the appellant has the same protections as those afforded any other person who is convicted of an offence and sentenced to a period of incarceration. He had a right to appeal when the sentence was pronounced and he may apply for parole at prescribed times. But like any other person who is properly convicted and sentenced, he must otherwise serve his sentence according to its tenor. This is not to say that the appellant is left without a remedy. As noted, he has the right to be

En premier lieu, les critères dont on se sert en fait viennent renforcer le point de vue déjà exprimé dans les présents motifs, selon lequel la détermination de la peine, même en vertu de la partie XXI, vise un ensemble complexe d'objectifs pénologiques. À mon avis, ni la logique ni le bon sens ne permettent de soutenir que, en raison d'une décision d'établir la peine d'un délinquant en fonction de considérations fondées principalement sur la prévention, d'autres buts pénaux tout aussi valables cessent d'être pertinents. Je le répète, la protection de la société contre les délinquants dangereux ne supplante jamais tout à fait les autres objectifs légitimes visés par une peine prononcée en vertu de la partie XXI.

Dans cette optique, il serait absurde d'exiger des délinquants dangereux qu'ils prouvent simplement à la Commission des libérations conditionnelles qu'ils ne sont plus «dangereux» (pour reprendre le terme employé à la partie XXI), car ce serait là une exigence moins lourde que celle posée dans le cas d'autres détenus. Il me semble que, si l'art. 695.1 avait prévu un «examen portant sur la qualité de délinquant dangereux» plutôt qu'un examen en vue de la libération conditionnelle, mais qu'il eût adopté des critères identiques à ceux énoncés dans la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, il serait peut-être bien plus évident que l'examen prévu réalise en fait le degré d'adaptation requis pour assurer la validité du régime législatif dans son ensemble. Le sous-alinéa 10(1)a)(iii) oblige la Commission à se demander si la mise en liberté du détenu constituerait un «risque indu» pour la société; si l'accusé continue d'être dangereux, alors, par définition, ce critère n'est pas rempli. De plus, l'al. 10(1)a) exige que la Commission soit convaincue que le détenu a tiré le plus grand avantage possible de l'incarcération et que son élargissement facilitera son amendement et sa réadaptation.

En tant que manifestations des préoccupations de la société, ces critères ne me semblent pas moins pertinents relativement à la libération de délinquants dangereux qu'ils ne le sont à l'égard de l'élargissement d'autres délinquants. [Souligné dans le texte original.]

Somme toute, l'appellant jouit des mêmes garanties que celles offertes à n'importe quelle autre personne reconnue coupable d'une infraction et condamnée à une peine d'incarcération. Il avait le droit d'interjeter un appel lorsque la peine a été imposée et il peut faire une demande de libération conditionnelle aux moments prescrits. Mais comme toute autre personne qui est régulièrement déclarée coupable et condamnée, il doit par ailleurs purger intégralement sa peine. Cela ne veut

considered for parole every two years. If he can demonstrate that he satisfies the criteria set out in s. 10(1)(a) of the *Parole Act*, he will be paroled. Additionally, he may make an application under s. 617 of the *Criminal Code* for a rehearing or a reference of the matter to a court of appeal. Accordingly, I am of the view that the appellant must fail on the continuing status argument.

Finally, counsel for the appellant brought to our attention Art. 15 of the United Nations *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), to which Canada adheres, under which it is provided that if subsequent to the commission of an offence the penalty is reduced the offender is to benefit thereby. Counsel concedes that it has not been adopted as part of the law, but he submits that the Court should use the provision as an aid in interpreting ss. 9 (arbitrary detention) and 12 (cruel and unusual punishment) of the *Charter* in a way that invalidates at least a penalty of the magnitude of an indeterminate sentence at a time when that penalty could no longer be imposed. But even assuming the present situation can be said to fall within the ambit of the Article in the Covenant (which is by no means clear), it seems to me that Linden J. in *Mitchell, supra*, has given a complete answer to this argument. It is difficult to see how such an approach could be taken in light of the fact that specific attention was given to this matter in s. 11(i) of the *Charter*, which limits the rights of an accused in this regard to the benefit of a reduction in sentence made between the time of the commission of the offence and the time of sentencing.

In light of the conclusions I have arrived at, it becomes unnecessary to consider respondent's argument against Linden J.'s view in *Mitchell, supra*, that the execution or the carrying out of the sentence, as opposed to its original pronouncement, can be reviewed at any time under the *Charter*

pas dire que l'appelant n'a aucune voie de recours. Comme je l'ai déjà dit, il a droit à ce que son admissibilité à la libération conditionnelle soit examinée tous les deux ans. S'il réussit à démontrer qu'il satisfait aux critères énoncés à l'al. 10(1)a de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, il sera mis en liberté conditionnelle. De plus, il lui est loisible de demander en vertu de l'art. 617 du *Code criminel*, la tenue d'une nouvelle audience ou le renvoi de l'affaire devant une cour d'appel. J'estime donc que l'argument de l'appelant relatif au statut continu ne saurait être retenu.

Finalement, l'avocat de l'appelant a attiré notre attention sur l'art. 15 du *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), des Nations Unies auquel a adhéré le Canada. Cet article prévoit que si, postérieurement à l'infraction, il y a réduction de la peine, le délinquant doit en bénéficier. Tout en convenant que cette disposition n'a pas été intégrée dans le droit positif canadien, l'avocat soutient que la Cour devrait s'en inspirer et interpréter l'art. 9 (détention arbitraire) et l'art. 12 (peines cruelles et inusitées) de la *Charte* de manière à invalider au moins une peine aussi lourde que la détention pour une période indéterminée lorsque cette peine ne peut plus être imposée. Mais même en supposant qu'on puisse dire que la situation dont il s'agit en l'espèce relève de cet article du Pacte (ce qui n'est pas du tout certain), il me semble que le juge Linden, dans la décision *Mitchell*, précitée, a donné une réponse complète à cet argument. Il est difficile de voir comment on pourrait adopter un tel point de vue compte tenu du fait que cette question est traitée spécifiquement par l'al. 11i) de la *Charte*, aux termes duquel l'unique droit d'un accusé à cet égard est celui de bénéficier de toute réduction de peine édictée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

Compte tenu des conclusions que j'ai tirées, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument que l'intimé a opposé à l'opinion exprimée par le juge Linden dans la décision *Mitchell*, précitée, portant que l'exécution de la sentence, à la différence de la condamnation, peut être révisée en tout temps en

without retrospectively applying the latter's provisions to the original pronouncement (see also *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233 (B.C.C.A.)) and I refrain from doing so. Nor is it necessary for me to consider the jurisdictional issues raised by the respondent.

### Conclusion

I would dismiss this appeal. I would also, as is the case in *Lyons*, answer the first constitutional question in the negative. It is therefore unnecessary to address the second constitutional question.

The following are the reasons delivered by

ESTEY J. (dissenting)—The issue in this appeal is whether the continued detention of the appellant violates a right guaranteed to him under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to be protected against cruel and unusual punishment (s. 12). This appeal does not raise any issue respecting either the validity or the propriety of his initial conviction or the imposition of the indeterminate sentence. Nor does this appeal call into question the process leading up to conviction and sentence. It is clear therefore that whether the appellant was "dangerous" at the time of sentencing under the provisions of the *Code* then in force is not the question this Court is now being asked to address.

In my view there is here a violation of s. 12 of the *Charter*. For the purposes of this appeal it can be said that the key to s. 12 is that there must be a requisite degree of proportionality between the offence for which the accused has been convicted and the sentence imposed by or under the statute. See *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045.

At the time the appellant was found to be a dangerous offender under Part XXI of the *Criminal Code* it was necessary that the offence for which the offender had been convicted be a "seri-

vertu de la *Charte* sans toutefois qu'il y ait application rétroactive des dispositions de cette dernière à la condamnation (voir aussi *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233 (C.A.C.-B.)) et je m'abstiendrai de le faire. Il ne m'est pas non plus nécessaire d'examiner les questions de compétence soulevées par l'intimée.

### Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et, comme dans l'affaire *Lyons*, de répondre à la première question constitutionnelle par la négative. Cela étant, il n'est pas nécessaire d'aborder la seconde question constitutionnelle.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY (dissident)—La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la détention continue de l'appelant porte atteinte au droit qui lui est garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* d'être protégé contre une peine cruelle et inusitée (art. 12). Le présent pourvoi ne soulève pas de questions concernant la validité ou le caractère approprié de la déclaration de culpabilité initiale de l'appelant ou l'imposition d'une peine d'une durée indéterminée. Le présent pourvoi n'attaque pas non plus la procédure qui a mené à la déclaration de culpabilité et à l'imposition de la peine. Par conséquent, il est clair qu'on ne demande pas à cette Cour de répondre à la question de savoir si l'appelant était «dangereux» au moment de l'imposition de la peine aux termes des dispositions du *Code* en vigueur à ce moment-là.

À mon avis, il y a en l'espèce une violation de l'art. 12 de la *Charte*. Aux fins du présent pourvoi, on peut dire que la clé de l'art. 12 est qu'il doit y avoir un certain degré de proportionnalité entre l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable et la peine qui lui est infligée aux termes de la loi. Voir *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

Au moment où l'appelant a été déclaré délinquant dangereux aux termes de la partie XXI du *Code criminel*, il était nécessaire que l'infraction dont le délinquant avait été déclaré coupable cons-

ous personal injury offence". This was defined in s. 687:

687. ...

"serious personal injury offence" means

(a) an indictable offence (other than high treason, treason, first degree murder or second degree murder) involving

(i) the use or attempted use of violence against another person, or

(ii) conduct endangering or likely to endanger the life or safety of another person or inflicting or likely to inflict severe psychological damage upon another person.

and for which the offender may be sentenced to imprisonment for ten years or more, or

(b) an offence mentioned in section 144 (rape) or 145 (attempted rape) or an offence or attempt to commit an offence mentioned in section 146 (sexual intercourse with a female under fourteen or between fourteen and sixteen), 149 (indecent assault on a female), 156 (indecent assault on a male) or 157 (gross indecency).

Milne was convicted on five counts of gross indecency.

The definition of "serious personal injury offence" was amended by S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 26, and subs. (b) no longer includes the offence of gross indecency. Thus "gross indecency" has ceased to be punishable by an indeterminate sentence. Put another way, gross indecency has ceased to be grounds for a finding of constructive "dangerousness" under Part XXI of the *Code*. The offence of gross indecency remains an indictable offence which carries a maximum punishment of five years imprisonment (s. 157). It is clear therefore that if Milne were convicted today he would not face the possibility of an indeterminate sentence because he is no longer "dangerous" within the statutory meaning.

The appellant has been imprisoned in a penitentiary since May 29, 1980. Depending upon the

titue «un sévice grave à la personne». Cette expression était définie à l'art. 687:

687. ...

«sévices graves à la personne» désigne

a) les infractions (la haute trahison, la trahison, le meurtre au premier degré ou au deuxième degré exceptés) punissables, par voie de mise en accusation, d'une peine d'emprisonnement d'au moins dix ans et impliquant

(i) l'emploi, ou une tentative d'emploi, de la violence contre une autre personne, ou

(ii) une conduite dangereuse, ou susceptible de l'être, pour la vie ou la sécurité d'une autre personne ou une conduite ayant infligé, ou susceptible d'infliger, des dommages psychologiques graves à une autre personne, ou

b) les infractions prévues aux articles 144 (viol) ou 145 (tentative de viol), les infractions ou tentatives de perpétration de l'une des infractions prévues aux articles 146 (rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans ou de plus de quatorze ans mais de moins de seize ans), 149 (attentat à la pudeur d'une personne du sexe féminin), 156 (attentat à la pudeur d'une personne du sexe masculin) ou 157 (grossière indécence).

Milne a été déclaré coupable relativement à cinq chefs d'accusation de grossière indécence.

La définition de l'expression «sévices graves à la personne» a été modifiée par S.C. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 26, et l'al. b) ne comprend désormais plus l'infraction de grossière indécence. Par conséquent, la «grossière indécence» a cessé d'être punissable par une peine d'une durée indéterminée. En d'autres termes, la grossière indécence a cessé d'être un motif pour conclure qu'une personne est dangereuse par détermination de la loi en vertu de la partie XXI du *Code*. L'infraction de grossière indécence demeure un acte criminel qui entraîne une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement (art. 157). Il est donc clair que si Milne avait été déclaré coupable aujourd'hui, il ne risquerait pas de se voir infliger une peine d'une durée indéterminée parce qu'il n'est désormais plus «dangereux» au sens de la loi.

L'appelant est incarcéré dans un pénitencier depuis le 29 mai 1980. Selon la peine qui aurait été



sentence which would have been imposed for the five counts to which the appellant pleaded guilty of gross indecency, the appellant has either served the appropriate sentence or still has some time to serve.

The question now before the Court is whether in these circumstances the appellant can be kept in prison.

This Court has held in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, that the imposition of an indeterminate sentence does not *per se* violate the *Charter*. The question in this appeal is quite different: Can there be a violation of the *Charter* when the very basis for the indeterminate detention has lost its justificatory force when Parliament decided that the offence of gross indecency is not one for which an indeterminate sentence is any longer appropriate? Under his present sentence the appellant will continue to be incarcerated for an indeterminate length of time although the offence for which he has been imprisoned is one in respect of which Parliament has now ordained a finite sentence. Whatever the law may have been prior to the *Charter* with respect to the treatment of prisoners serving sentences which have been revised by Parliament subsequent to the sentencing, the advent of the *Charter* has introduced new standards. Prisoners in the position of the appellant now have rights including those flowing from ss. 7, 9 and 12 of the *Charter*. Section 7 of the *Charter* protects one's right to "liberty" and to "security of the person" against deprivation "except in accordance with the principles of fundamental justice". It may be open to some debate as to whether there existed any principle of fundamental justice relating to the continued incarceration of a person in the situation of the appellant, under the common law. Section 35(d) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, should be noted in this connection. It provides:

35. Where an enactment is repealed in whole or in part, the repeal does not

(d) affect any offence committed against or a violation of the provisions of the enactment so repealed, or

infligée relativement aux cinq chefs d'accusation de grossière indécence à l'égard desquels l'appelant a plaidé coupable, ou bien il aurait purgé la peine appropriée, ou bien il lui resterait encore une peine d'emprisonnement à purger.

La question qui est maintenant posée à la Cour est de savoir si, dans ces circonstances, l'appelant peut continuer à être détenu.

Cette Cour a conclu dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, que l'imposition d'une peine d'une durée indéterminée ne viole pas la *Charte* en soi. La question soulevée en l'espèce est tout à fait différente: peut-il y avoir violation de la *Charte* lorsque le fondement même de la détention pour une durée indéterminée a perdu sa force justificative quand le Parlement a décidé qu'une peine d'une durée indéterminée n'était désormais plus adaptée à l'infraction de grossière indécence? En vertu de sa condamnation actuelle, l'appelant continuera d'être incarcéré pendant une période indéterminée même si le Parlement a maintenant ordonné l'imposition d'une peine déterminée dans le cas de l'infraction pour laquelle il a été incarcéré. Peu importe quel était, avant l'adoption de la *Charte*, le droit relatif au traitement des détenus qui purgeaient des peines révisées par le Parlement après le prononcé de la sentence, la *Charte* a introduit de nouvelles normes. Les détenus qui se trouvent dans la situation de l'appelant ont maintenant des droits, y compris ceux qui découlent des art. 7, 9 et 12 de la *Charte*. L'article 7 de la *Charte* prévoit qu'on ne peut porter atteinte au droit d'une personne «à la liberté et à la sécurité de sa personne . . . qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». On pourrait débattre de la question de savoir s'il existait en *common law* un principe de justice fondamentale relativement à l'emprisonnement continu d'une personne dans la situation de l'appelant. Il convient de souligner l'al. 35(d) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, à cet égard. En voici le texte:

35. Lorsqu'un texte législatif est abrogé en tout ou en partie, l'abrogation

d) n'a d'effet ni sur une infraction au texte législatif ainsi abrogé, ni sur une violation de ses dispositions, ni

any penalty, forfeiture or punishment incurred under the enactment so repealed;

If this provision does indeed purport to cover the events here unfolded, this provision must be read along with s. 157 and Part XXI of the *Criminal Code* in determining whether this statutory ensemble can support a continued imprisonment of the appellant. All of these statutory provisions must, if they bear on the issue at all, give way to the *Charter*. The decision of this Court in *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, does not reach this issue.

It has, however, long been an element of the criminal law of this country that sentences must be proportionate to the offence committed. Parliament has now found that the indeterminate sentence is no longer appropriate in respect of the violation of s. 157 and presumably so because such imprisonment would be disproportionate, in the view of Parliament, to the offence of gross indecency. It might be said therefore that the appellant's continued imprisonment would in these circumstances be a deprivation of liberty otherwise than in accordance with the principles of fundamental justice.

It might also be that the continued imprisonment of a person in the circumstances of the appellant is "arbitrary" and hence contrary to s. 9 of the *Charter*. Once the indefinite holding of a person convicted of gross indecency is no longer authorized in the criminal law, such incarceration becomes capricious or arbitrary and of course if so imposed after the amendment of Part XXI, would be illegal. Accordingly, the continued incarceration of the appellant may be said to have become capricious or arbitrary in the ordinary sense of that term as employed in s. 9. There can hardly be a rational basis or a justifiable basis (subject to what is said below concerning the otherwise appropriate sentence under s. 157) for the continued indefinite retention of the appellant. Without deciding the appropriateness of ss. 7 and 9 under these circumstances, I turn to the third apparently applicable *Charter* provision.

sur une peine, confiscation ou punition encourue aux termes du texte législatif ainsi abrogé;

Si, en fait, cette disposition veut viser les événements survenus en l'espèce, elle doit être interprétée de concert avec l'art. 157 et la partie XXI du *Code criminel* pour déterminer si cet ensemble de dispositions législatives peut appuyer la détention continue de l'appellant. Toutes ces dispositions législatives doivent, si elles portent sur la question, céder devant la *Charte*. L'arrêt de cette Cour, *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, ne porte pas sur cette question.

Toutefois, il a depuis longtemps été établi en droit criminel canadien que les peines doivent être proportionnelles à l'infraction perpétrée. Le Parlement a maintenant conclu que la peine d'une durée indéterminée n'est désormais plus adaptée à la violation de l'art. 157, et ce sans doute parce qu'un tel emprisonnement serait, de l'avis du Parlement, disproportionné pour l'infraction de grossière indécence. Par conséquent, on peut dire que la détention continue de l'appellant constituerait, dans ces circonstances, une atteinte à la liberté qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

Il se pourrait également que l'emprisonnement continu d'une personne dans la même situation que l'appellant soit « arbitraire » et donc contraire à l'art. 9 de la *Charte*. Lorsque la détention pour une période indéterminée d'une personne déclarée coupable de grossière indécence n'est plus autorisée en droit criminel, une telle incarceration devient vexatoire ou arbitraire et, évidemment, si elle était infligée après la modification de la partie XXI, elle serait illégale. Par conséquent, on peut dire que la détention continue de l'appellant est devenue vexatoire ou arbitraire selon le sens ordinaire de ce dernier terme à l'art. 9. Il peut difficilement y avoir de fondement rationnel ou justificatif (sous réserve de ce qui est ajouté ci-dessous au sujet de l'autre peine appropriée aux termes de l'art. 157) pour la détention continue de l'appellant pendant une période indéterminée. Sans me prononcer sur la justesse de l'application des art. 7 et 9 dans de telles circonstances, j'examine maintenant la troisième disposition de la *Charte* apparemment applicable.

In all the circumstances I would conclude that the continued imprisonment of the appellant more clearly offends the right of the appellant under s. 12 of the *Charter* which provides:

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

The prospect of a person serving an indefinite sentence in a penitentiary for an offence no longer attracting such a term of imprisonment under the *Criminal Code*, must in our ordinary parlance be "cruel and unusual" as this expression has been defined in *Smith, supra*. The Court is here not dealing with unreasonable or otherwise offending legislation or even legislative policy as invasive of a *Charter* right. The Court is here only concerned with the characterization in law of the servitude of the appellant after the legislative change. It is not necessary to review the historic background of "cruel and unusual punishment" as this has been undertaken by Lamer J. in *Smith, supra*. Nor is there any issue of curial deference to Parliament on issues of policy. Parliament has already enunciated its policy with reference to the offence of gross indecency. Unlike the *Smith* case, *supra*, the "disproportionateness" of the sentence was determined by Parliament itself when it amended Part XXI. It only remains for the courts to apply the *Charter* as a matter of law to the present condition of the appellant.

The interwoven issues arising under the three *Charter* sections mentioned above render this appeal an unsatisfactory base for the extension of the analysis of these rights beyond the discussion already undertaken in the *Smith* appeal, *supra*. I conclude that whatever may be the case in respect to ss. 7 and 9, the continued imprisonment of the appellant under an indeterminate sentence is a violation of the appellant's constitutional right under s. 12 of the *Charter*.

What then is the appropriate disposition of this appeal?

Vu toutes les circonstances, je suis d'avis de conclure que l'emprisonnement continu de l'appellant porte clairement atteinte au droit de l'appellant garanti par l'art. 12 de la *Charte* que voici:

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

La perspective qu'une personne puisse purger une peine d'une durée indéterminée dans un pénitencier relativement à une infraction qui n'entraîne désormais plus une telle peine d'emprisonnement aux termes du *Code criminel*, doit dans notre langage ordinaire être «cruelle et inusitée» selon le sens donné à cette expression dans l'arrêt *Smith*, précité. En l'espèce, la Cour ne traite pas d'une mesure législative déraisonnable ou autrement choquante ni même d'une politique législative qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*. En l'espèce, la Cour ne se préoccupe que de la caractérisation juridique de l'assujettissement de l'appellant après la modification législative. Il n'est pas nécessaire de passer en revue l'historique de l'expression «peine cruelle et inusitée», car le juge Lamer l'a déjà fait dans l'arrêt *Smith*, précité. Il n'est pas non plus question de déférence judiciaire envers le Parlement sur des questions de principe. Le Parlement a déjà énoncé sa politique en ce qui a trait à l'infraction de grossière indécence. Contrairement à l'arrêt *Smith*, précité, le caractère «disproportionné» de la peine a été déterminé par le Parlement lui-même lorsqu'il a modifié la partie XXI. Il incombe seulement aux tribunaux d'appliquer en droit la *Charte* à la situation actuelle de l'appellant.

Les questions liées qui découlent des trois articles de la *Charte* mentionnés précédemment font en sorte que le présent pourvoi ne constitue pas une base propice à l'extension de l'analyse de ces droits au-delà de la discussion que l'on trouve dans l'arrêt *Smith*, précité. Je conclus que, quels que puissent être les arguments relatifs aux art. 7 et 9, l'emprisonnement continu de l'appellant en vertu d'une peine d'une durée indéterminée constitue une violation du droit constitutionnel de l'appellant que garantit l'art. 12 de la *Charte*.

Alors quelle est l'issue appropriée du présent pourvoi?

The appropriate sentence for the appellant under s. 157 independent of the provisions of Part XXI has never been assessed. The appellant pleaded guilty to five counts of gross indecency. The maximum sentence under s. 157 is five years. What the appropriate sentence would be, giving due attention to the principles of totality and related offences, and other principles of sentencing which may be appropriate in the circumstances revealed in this record, should be determined by the trial judge, Denroche Prov. Ct. J. He is now *functus* having validly disposed of the conviction and sentence of the appellant under the law as it then existed.

The remedies here sought are *habeas corpus* with *certiorari* in aid or a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. *Habeas corpus* with *certiorari* in aid would (even assuming its availability notwithstanding s. 710 of the *Code*) be inappropriate should time already served by the appellant be less than the proper sentence, once determined, under s. 157, Part XXI aside. In this situation a court must turn to s. 24(1) of the *Charter*. In my view, "appropriate and just" remedy in all the unusual circumstances which have arisen in these proceedings, is a direction that this proceeding be remitted to Denroche Prov. Ct. J. for the assessment of the appropriate sentence on the five accounts to which the appellant has pleaded guilty. Should such sentence be determined to exceed the time already served by the appellant, it shall be directed that the appellant be retained in prison until such sentence shall have been served, subject to any rights of the appellant to be released under any applicable legislation. Should the appropriate sentence be for a period less than that which the appellant has already served under the sentence imposed in 1980, it shall be directed that the appellant should be released.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting in part)—For the reasons I gave in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, I would allow the appeal, quash the order made

On n'a jamais déterminé quelle serait la peine appropriée dans le cas de l'appelant aux termes de l'art. 157, indépendamment des dispositions de la partie XXI. L'appelant a plaidé coupable relativement à cinq chefs d'accusation de grossière indécence. La peine maximale prévue à l'art. 157 est cinq ans d'emprisonnement. Si l'on tient compte des principes de la totalité et infractions connexes et d'autres principes de détermination de la peine qui conviendraient dans les circonstances de l'espèce, la peine appropriée devrait être déterminée par le juge du procès, le juge Denroche. Il est maintenant dessaisi de l'affaire, car il a validement statué sur la déclaration de culpabilité et sur la peine à imposer à l'appelant en vertu du droit tel qu'il existait à ce moment-là.

Les redressements demandés en l'espèce sont l'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire ou un redressement en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. L'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire ne conviendra pas (même si l'on présume qu'on puisse y avoir recours nonobstant l'art. 710 du *Code*) si la peine d'emprisonnement déjà purgée par l'appelant est moindre que la peine appropriée déterminée en vertu de l'art. 157, indépendamment de la partie XXI. Dans ce cas, un tribunal doit recourir au par. 24(1) de la *Charte*. À mon avis, la réparation «convenable et juste» vu toutes les circonstances inhabituelles de l'espèce est le renvoi de cette affaire devant le juge Denroche pour qu'il évalue la peine convenable relativement aux cinq chefs d'accusation à l'égard desquels l'appelant a plaidé coupable. Si une telle peine devait être plus sévère que la peine d'emprisonnement déjà purgée par l'appelant, il conviendra d'ordonner que l'appelant soit détenu jusqu'à ce qu'une telle peine ait été purgée, sous réserve du droit de l'appelant d'être mis en liberté en vertu des dispositions législatives applicables. Si la peine convenable est une période d'emprisonnement moindre que celle que l'appelant a déjà purgée en vertu de la peine infligée en 1980, il conviendra d'ordonner que l'appelant soit remis en liberté.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente en partie)—Pour les motifs que j'ai donnés dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, je suis d'avis d'accueillir le

under Part XXI of the *Criminal Code* and the sentence of indeterminate detention, and remit the matter back to the learned trial judge for the imposition of the appropriate determinate sentence.

As in the case of *Lyons* the accused had no knowledge at the time he pleaded guilty to the offences of which he was convicted that the Crown prosecutor intended, and indeed had already received instructions from the Attorney General, to make an application under Part XXI of the *Code*. The Crown was entitled under the provisions of the *Code* to function in this fashion prior to the coming into force of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, i.e., at the time the Part XXI order was made, but I do not believe, for the reasons I gave in *Lyons*, that subsequent to the coming into force of s. 7 of the *Charter* his continued incarceration pursuant to an order made in these circumstances can be justified. Accordingly, I believe that he is entitled to relief under s. 24(1) of the *Charter*.

*Appeal dismissed, ESTEY J. dissenting and WILSON J. dissenting in part.*

*Solicitor for the appellant: Ronald R. Price, Kingston.*

*Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Deputy Attorney General of British Columbia, Victoria.*

pourvoi, d'annuler l'ordonnance fondée sur la partie XXI du *Code criminel* ainsi que la peine de détention pour une durée indéterminée, et de renvoyer l'affaire devant le juge de première instance pour qu'il impose la peine d'une durée déterminée qu'il convient d'imposer.

Tout comme dans l'arrêt *Lyons*, l'accusé ignorait, au moment où il a plaidé coupable à l'égard des infractions pour lesquelles il a été condamné, que la poursuite avait l'intention de faire une demande fondée sur la partie XXI du *Code* et, en fait, qu'elle avait déjà reçu des directives en ce sens du procureur général. La poursuite avait le droit, en vertu des dispositions du *Code*, de suivre cette procédure avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, c'est-à-dire, au moment où l'ordonnance fondée sur la partie XXI a été rendue. Cependant, je ne crois pas, pour les raisons que j'ai données dans l'arrêt *Lyons*, qu'à la suite de l'entrée en vigueur de l'art. 7 de la *Charte*, la continuation de l'incarcération de l'appelant conformément à une ordonnance rendue dans ces circonstances puisse être justifiée. En conséquence, j'estime qu'il a droit à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

*Pourvoi rejeté, le juge ESTEY est dissident et le juge WILSON est dissidente en partie.*

*Procureur de l'appelant: Ronald R. Price, Kingston.*

*Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le sous-procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le sous-procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

**Gerald Grant Fisch** *Appellant*

v.

**Dame Jean Eleanor White** *Respondent*

INDEXED AS: FISCH v. WHITE

File No.: 19055.

1987: October 21; 1987: November 19.

Present: Beetz, Estey, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Civil procedure — Dismissal of appeal — Appellant late in filing factum — Judicial discretion — Whether judicial discretion properly exercised — Whether additional delay to serve and file factum in the Court of Appeal should be granted — Code of Civil Procedure, art. 505.*

Respondent moved for a dismissal of the appellant's appeal in the Court of Appeal for failure by the latter to file his factum within the fixed delay. Pursuant to art. 505 of the *Code of Civil Procedure*, a judge of the Court of Appeal granted the motion; hence this appeal.

*Held:* The appeal should be allowed.

The exercise of the judge's discretion in this unusual case was not reasonable having regard to all the circumstances and consequences.

The appellant should be given a peremptory delay of ten days from the date of this judgment to serve and file his factum in the Court of Appeal.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal<sup>1</sup> allowing the respondent's motion to set aside the appeal for failure by appellant to file factum within the fixed delay. Appeal allowed.

*Serge Segal*, for the appellant.

*Julius H. Grey*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—We are all of the view that the exercise of the judge's discretion in this unusual

<sup>1</sup> Que. C.A., No. 500-09-00638-840, September 6, 1984.

**Gerald Grant Fisch** *Appellant*

c.

**Dame Jean Eleanor White** *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: FISCH c. WHITE

N° du greffe: 19055.

1987: 21 octobre; 1987: 19 novembre.

b

Présents: Les juges Beetz, Estey, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

c

*Procédure civile — Rejet d'un appel — Retard dans la production du mémoire de l'appellant — Pouvoir discrétionnaire du juge — Le juge a-t-il correctement exercé son pouvoir discrétionnaire? — Un délai additionnel pour signifier et produire le mémoire en Cour d'appel doit-il être accordé? — Code de procédure civile, art. 505.*

L'intimée présente une requête en rejet de l'appel interjeté par l'appellant en Cour d'appel, ce dernier n'ayant pas produit son mémoire dans les délais fixés. Conformément à l'art. 505 du *Code de procédure civile*, un juge de la Cour d'appel a accueilli la requête; d'où le présent pourvoi.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

L'exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire dans cette affaire inhabituelle n'est pas raisonnable compte tenu de toutes les circonstances et conséquences.

Un délai de rigueur de dix jours est accordé à l'appellant à compter de la date de ce jugement pour qu'il signifie et produise son mémoire en Cour d'appel.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec<sup>1</sup> qui a accueilli la requête de l'intimée visant le rejet de l'appel vu le défaut de l'appellant de produire son mémoire dans les délais fixés. Pourvoi accueilli.

*Serge Segal*, pour l'appellant.

*Julius H. Grey*, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Nous sommes tous d'avis que l'exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire dans

<sup>1</sup> C.A. Qué., n° 500-09-00638-840, 6 septembre 1984.

case was not reasonable having regard to all the circumstances and consequences.

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal dismissing the appellant's appeal is set aside, the appellant is given a peremptory delay of ten days from the date of this judgment to serve and file his factum in the Court of Appeal, failing which his appeal to the Court of Appeal will be automatically quashed, and the case is referred to the Court of Appeal to be heard on its merits.

There will be no order as to costs.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Segal, Ovadia, Sauvageau, Zito, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Grey & Casgrain, Montréal.*

cette affaire inhabituelle n'était pas raisonnable compte tenu de toutes les circonstances et conséquences.

<sup>a</sup> Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel qui a rejeté l'appel de l'appelant est infirmé, un délai de rigueur de dix jours est accordé à l'appelant à compter de la date de ce jugement pour qu'il signifie et produise son mémoire en Cour d'appel à défaut de quoi son appel à la Cour d'appel sera automatiquement annulé, et l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour audition sur le fond.

<sup>c</sup> Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant: Segal, Ovadia, Sauvageau, Zito, Montréal.*

<sup>d</sup> *Procureurs de l'intimée: Grey & Casgrain, Montréal.*

**Mohsin Majeed Baig** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BAIG

File No.: 19446.

1987: October 22; 1987: November 19.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson,  
Le Dain and L'Heureux-Dubé JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused informed of his right to counsel following arrest — Trial judge excluding inculpatory statement on basis that accused's right to counsel was violated — No proof indicating that accused did not understand his right — Whether accused's right to counsel violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).*

The accused was arrested for murder and promptly informed of his right to counsel. When asked if he understood his right, the accused replied "How can you prove this thing?" At the police station, he made an inculpatory statement and the statement form indicated that the accused gave an affirmative answer to the question of whether he understood that he had the right to retain and instruct counsel without delay. At trial, the trial judge ruled that the accused's right under s. 10(b) of the *Charter* had been violated and excluded the statement. The accused was acquitted on a directed verdict. On appeal, the Court of Appeal quashed the acquittal and ordered a new trial.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The accused's right to counsel was not violated. Absent proof of circumstances indicating that the accused did not understand his right to retain counsel when he was informed of it, the onus has to be on him to prove that he asked for the right but it was denied, or he was denied any opportunity to even ask for it. No such evidence was put forth in this case. Absent such circumstances, once the police has complied with s. 10(b), by promptly advising the accused of his right to counsel without delay, there are no correlative duties triggered and cast upon it until the accused, if he so chooses, has indicated his desire to exercise his right to counsel.

**Mohsin Majeed Baig** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. BAIG

N° du greffe: 19446.

1987: 22 octobre; 1987: 19 novembre.

b

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer,  
Wilson, Le Dain et L'Heureux-Dubé.

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

c

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un avocat — Accusé informé de son droit à un avocat lors de son arrestation — Déclaration inculpatoire écartée par le juge du procès pour violation du droit de l'accusé à un avocat — Aucune preuve que l'accusé n'a pas compris la nature de son droit — Le droit de l'accusé à un avocat a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).*

d

L'accusé a été arrêté pour meurtre et informé sur le champ de son droit à un avocat. Quand on lui a demandé s'il comprenait la nature de son droit, il a répondu «Comment pouvez-vous le prouver?» Au poste de police, il a fait une déclaration inculpatoire et le formulaire où on l'a consignée indiquait que l'accusé avait répondu par l'affirmative à la question de savoir s'il comprenait qu'il avait le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Au procès, le juge a statué que le droit de l'accusé en vertu de l'al. 10b) de la *Charte* avait été violé et il a écarté la déclaration. L'accusé a été acquitté suite à un verdict imposé. En appel, la Cour d'appel a annulé l'acquiescement et ordonné un nouveau procès.

e

f

g

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Le droit de l'accusé à un avocat n'a pas été violé. En l'absence d'éléments de preuve indiquant que l'accusé n'a pas compris qu'il avait le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat lorsqu'il en a été informé, il lui incombe de démontrer qu'il a demandé à exercer ce droit, mais qu'on le lui a refusé ou qu'on lui a même refusé la possibilité de le demander. Aucun élément de preuve à cet effet n'a été présenté en l'espèce. En l'absence de ces circonstances, lorsque les agents de police se sont conformés aux exigences de l'al. 10b), en avisant sur le champ l'accusé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, ils n'ont aucune obligation corrélatrice jusqu'à ce que l'accusé, s'il choisit de le faire, indique qu'il désire exercer son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

j



**Cases Cited**

Applied: *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 10(b), 24(2).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 20 C.C.C. (3d) 515, 46 C.R. (3d) 222, 16 C.R.R. 300, 9 O.A.C. 266, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of first degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*John R. McGregor*, for the appellant.

*Edward Then*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—This appeal comes to us as of right. The appellant was charged with murder and tried in the Supreme Court of Ontario before a jury. He was acquitted following a directed verdict. This verdict was pursuant to the exclusion from the evidence of a statement given by the accused. The statement was excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* following a finding by the trial judge that the accused's right to counsel and to be informed thereof, guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*, had been violated. The Court of Appeal quashed the acquittal and ordered a new trial finding that the accused's rights under the *Charter* had not been violated: (1985), 20 C.C.C. (3d) 515, 46 C.R. (3d) 222, 16 C.R.R. 300, 9 O.A.C. 266.

The relevant facts, to state them succinctly, are as follows:

**Facts**

The accused, Mohsin Majeed Baig, was arrested at approximately 1:50 p.m. on September 20, 1982 and was charged with murder. The police had met the accused outside his house. The accused entered the police vehicle. The following exchange then took place between Constable Kelly and the accused:

**Jurisprudence**

Arrêt appliqué: *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417.

**a Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 10b), 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 20 C.C.C. (3d) 515, 46 C.R. (3d) 222, 16 C.R.R. 300, 9 O.A.C. 266, qui a accueilli un appel du ministère public à l'encontre de l'acquittement de l'accusé à l'égard d'une accusation de meurtre au premier degré et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*John R. McGregor*, pour l'appellant.

*Edward Then*, pour l'intimée.

**d Version française du jugement rendu par**

LA COUR—Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi de plein droit. L'appellant a été accusé de meurtre et a subi son procès devant la Cour suprême de l'Ontario siégeant avec un jury. Il a été acquitté par suite d'un verdict imposé. Ce verdict a été prononcé après qu'une déclaration de l'accusé eut été exclue de la preuve. La déclaration a été exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le juge du procès ayant conclu qu'il y avait eu violation du droit que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'en être informé. La Cour d'appel a annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès, concluant qu'il n'y avait pas eu violation des droits de l'accusé aux termes de la *Charte*: (1985), 20 C.C.C. (3d) 515, 46 C.R. (3d) 222, 16 C.R.R. 300, 9 O.A.C. 266.

Voici en résumé les faits pertinents.

**Les faits**

Le prévenu, Mohsin Majeed Baig, a été arrêté vers 13 h 50 le 20 septembre 1982 et accusé de meurtre. Les agents de police ont rencontré l'accusé à l'extérieur de sa maison. L'accusé est monté dans le véhicule de la police et il a alors eu la conversation suivante avec l'agent Kelly:

Kelly: Okay Mohsin. You are under arrest for the murder of Navneet Uppal . . . Now before you say anything just listen to this. You are not obliged to say anything unless you wish to do so, but whatever you say will be taken down in writing and may be given in evidence . . . It is my duty to inform you that you have the right to retain and instruct counsel without delay; do you understand?

Baig: How can you prove this thing?

Kelly: We can prove it okay.

The accused was then taken to the police headquarters. No conversation took place *en route*. Upon arrival, the accused was taken to an interview room where the following exchange took place:

Kelly: Okay Mohsin, you have had a chance to think things out on the way here. Anees and Raza have been arrested, and we know exactly what happened, so you may as well tell us about it.

Baig: You have Anees and Raza here?

Kelly: Yes we have. We may as well tell you we have also arrested Kumerjeet. You're the last one we had to get.

Baig: Okay, okay. I'll tell you.

Kelly: Just a second. You understand that caution that I told you when you were arrested, that still applies.

Baig: Yes, I know.

The accused then made an oral statement concerning his knowledge of and involvement in the murder of Uppal. The statement was taken down in writing by Constable Kelly.

Kelly then typed the written statement on a statement form. The form contained the following three questions:

1. Do you understand the charge?
2. Do you understand the caution?
3. I have to inform you that you have the right to retain and instruct counsel without delay. Do you understand that?

[TRADUCTION]

Kelly: O.K. Mohsin! Vous êtes en état d'arrestation pour le meurtre de Navneet Uppal . . . Maintenant, avant que vous ne disiez quoi que ce soit, écoutez ce que j'ai à dire. Vous n'êtes pas tenu de dire quoi que ce soit à moins que vous ne désiriez le faire, mais tout ce que vous direz sera noté par écrit et pourra être présenté à titre de preuve . . . Je dois vous informer que vous avez le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat; comprenez-vous?

Baig: Comment pouvez-vous le prouver?

Kelly: Nous pouvons très bien le prouver.

L'accusé a ensuite été conduit au quartier général de la police. En route, il n'y a pas eu d'autre conversation. À son arrivée, l'accusé a été amené dans une salle d'interrogatoire où a eu lieu la conversation suivante:

[TRADUCTION]

Kelly: O.K. Mohsin, vous avez eu le temps de réfléchir en chemin. Anees et Raza ont été arrêtés et nous savons exactement ce qui s'est passé alors il vaut mieux que vous nous en parliez.

Baig: Vous avez arrêté Anees et Raza?

Kelly: Oui, nous pouvons aussi vous dire que nous avons également arrêté Kumerjeet. Vous étiez le dernier que nous devons arrêter.

Baig: O.K., O.K. Je vais tout vous dire.

Kelly: Un instant. Vous comprenez bien que la mise en garde que je vous ai faite lors de votre arrestation s'applique toujours.

Baig: Oui, je le sais.

L'accusé a alors fait une déclaration concernant ce qu'il savait du meurtre de Uppal et son implication dans celui-ci. L'agent Kelly a pris la déclaration par écrit.

Kelly a ensuite dactylographié la déclaration sur un formulaire à cet effet qui contenait les trois questions suivantes:

[TRADUCTION]

1. Comprenez-vous l'accusation?
2. Comprenez-vous la mise en garde?
3. Je dois vous informer que vous avez le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Le comprenez-vous?

The form was read to the accused and the accused answered "yes" to each of the three questions. The accused then read and signed the statement.

### Disposition

We are in substantial agreement with the Court of Appeal. As there was and is no need to determine whether, under the circumstances of this case, the accused's conduct amounted to a waiver of his right to counsel, we prefer not to pronounce upon that matter. We agree with Tarnopolsky J.A. in *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.), wherein he said, at p. 431:

... I am of the view that, absent proof of circumstances indicating that the accused did not understand his right to retain counsel when he was informed of it, the onus has to be on him to prove that he asked for the right but it was denied or he was denied any opportunity to even ask for it. No such evidence was put forth in this case.

In the present case, the accused did not put forward, nor does the record reveal, any evidence suggesting that he was denied an opportunity to ask for counsel. Absent such circumstances, as that referred to by Tarnopolsky J.A., once the police have complied with s. 10(b), by advising the accused without delay of his right to counsel without delay, there are no correlative duties triggered and cast upon them until the accused, if he so chooses, has indicated his desire to exercise his right to counsel.

This appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: John R. McGregor, Toronto.*

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

Le formulaire a été lu à l'accusé qui a répondu par l'affirmative à chacune des trois questions. L'accusé a ensuite lu et signé la déclaration.

### Dispositif

Nous sommes essentiellement d'accord avec la Cour d'appel. Comme il n'était et n'est pas nécessaire de déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, la conduite de l'accusé équivalait à une renonciation de son droit d'avoir recours à un avocat, nous préférons ne pas nous prononcer sur cette question. Nous sommes d'accord avec ce qu'a dit le juge Tarnopolsky dans l'arrêt *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.), à la p. 431:

[TRANSCRIPTION] ... je suis d'avis que, en l'absence d'éléments de preuve indiquant que l'accusé n'a pas compris qu'il avait le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat lorsqu'il en a été informé, il lui incombe de démontrer qu'il a demandé à exercer ce droit mais qu'on le lui a refusé ou qu'on lui a même refusé la possibilité de le demander. Aucun élément de preuve à cet effet n'a été présenté en l'espèce.

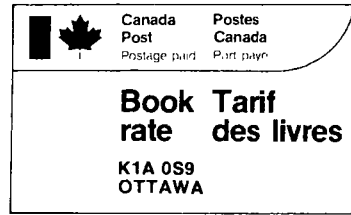
En l'espèce, l'accusé n'a pas présenté de preuve selon laquelle on lui avait refusé la possibilité de demander les services d'un avocat et cela ne ressort pas du dossier. En l'absence des circonstances que mentionne le juge Tarnopolsky, lorsque les agents de police se sont conformés aux exigences de l'al. 10(b), en avisant sur le champ l'accusé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, ils n'ont aucune obligation corrélatrice jusqu'à ce que l'accusé, s'il choisit de le faire, indique qu'il désire exercer son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

Le présent pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant: John R. McGregor, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, 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 4, 1987 Vol. 2**

**4<sup>e</sup> cahier, 1987 Vol. 2**

Cited as [1987] 2 S.C.R. 541-634

Renvoi [1987] 2 R.C.S. 541-634

---

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

### **Burnham v. Metropolitan Toronto Police ..... 572**

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal and penal proceedings — Right to an independent and impartial tribunal — Police superintendent conducting hearing of officer charged with major service offences — Whether or not s. 11 of Charter applicable in circumstances — If so, whether or not proceedings inconsistent with s. 11 — If inconsistent, whether or not regulations justifiable under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Regulation 791, R.R.O. 1980, Code of Offences, s. 1(a)(iv), (c)(x).

### **O'Hara v. British Columbia ..... 591**

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Administration of justice and criminal law — Provincial inquiry commission — Inquiry into alleged wrongdoing of provincial police officers — Commission empowered to conduct compulsory examinations of witnesses under oath — Validity of Order in Council establishing commission — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(6), (14), (16).

### **R. v. Paré ..... 618**

Criminal law — First degree murder — Indecent assault against a young boy — Accused killing the child after the indecent assault — Whether accused murdered the child "while committing" the indecent assault — Meaning of the words "while committing" in s. 214(5)(b) of the Criminal Code.

*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

### **Burnham c. Police de la communauté urbaine de Toronto 572**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Affaires criminelles et pénales — Droit à un tribunal indépendant et impartial — Comparaison d'un agent accusé d'infractions majeures ressortissant au service devant le surintendant de la police — L'article 11 de la Charte s'applique-t-il dans les circonstances? — Dans l'affirmative, les procédures sont-elles incompatibles avec l'art. 11? — Dans l'affirmative, l'article premier permet-il de justifier le règlement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Règlement 791, R.R.O. 1980, Code of Offences, art. 1a)(iv), c)(x).

### **O'Hara c. Colombie-Britannique ..... 591**

Droit constitutionnel — Répartition des pouvoirs législatifs — Administration de la justice et droit criminel — Commission d'enquête provinciale — Enquête sur des présumés méfaits qu'auraient commis des agents de police provinciaux — Commission dotée du pouvoir d'obliger les témoins à déposer sous serment — Validité du décret créant la Commission — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(6), (14), (16).

### **R. c. Paré ..... 618**

Droit criminel — Meurtre au premier degré — Attentat à la pudeur commis sur un jeune garçon — Enfant tué par l'accusé après l'attentat à la pudeur — L'assassinat de l'enfant par l'accusé était-il «concomitant» de l'attentat à la pudeur? — Sens du mot «concomitant» employé à l'époque à l'art. 214(5)b) du Code criminel.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Criminal law — Murder — Classification — Section 214 of the Criminal Code not creating a separate substantive offence of murder — Section 214 classifying for sentencing purposes the offences in ss. 212 and 213 of the Code.

### **R. v. Wigglesworth** ..... 541

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal and penal proceedings — Double jeopardy — Police officer charged with common assault under Criminal Code and with major service offence under Royal Canadian Mounted Police Act for same misconduct — Whether or not conviction of major service offence precluded subsequent proceedings under the Criminal Code — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11, 24(1) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245(1) — Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1970, c. R-9, ss. 25(1), 36(1).

Criminal law — Defences — Charter of Rights — Criminal and penal proceedings — Double jeopardy — Police officer charged with common assault under Criminal Code and with major service offence under Royal Canadian Mounted Police Act for same misconduct — Whether or not conviction of major service offence precluded subsequent proceedings under the Criminal Code — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11, 24(1) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245(1) — Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1970, c. R-9, ss. 25(1), 36(1).

### **Trimm v. Durham Regional Police** ..... 582

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal and penal proceedings — Right to an independent and impartial tribunal — Police superintendent conducting hearing of officer charged with major service offences — Whether or not s. 11 of Charter applicable in circumstances — If so, whether or not proceedings inconsistent with s. 11 — If inconsistent, whether or not regulations justifiable under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Regulation 791, R.R.O. 1980, ss. 3, 5(11), 6, 13, 16(4), (9), (15), 19(1), 20(2), (3), 24, Code of Offences.

### **Trumbley and Pugh v. Metropolitan Toronto Police** ..... 577

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal and penal proceedings — Right to an independent and impartial tribunal — Police superintendent conducting hearing of officer charged with major service offences — Whether or not s. 11 of Charter applicable in circumstances — If so, whether or not proceedings inconsistent with s. 11 — If inconsistent, whether or not regulations justifiable under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Regulation 791, R.R.O. 1980, Code of Offences, s. 1(a)(i).

## SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Meurtre — Classification — L'article 214 du Code criminel ne crée pas une infraction matérielle précise distincte de meurtre — L'article 214 classe, aux fins de la détermination de la peine, les infractions prévues aux art. 212 et 213 du Code.

### **R. c. Wigglesworth** ..... 541

Droit constitutionnel — Charte des droits — Affaires criminelles et pénales — Double péril — Policier accusé de voies de fait simples aux termes du Code criminel et d'une infraction majeure ressortissant au service aux termes de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada à l'égard de la même conduite — La déclaration de culpabilité relativement à une infraction majeure ressortissant au service empêche-t-elle que des procédures ultérieures ne soient engagées aux termes du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11, 24(1) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 245(1) — Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, S.R.C. 1970, chap. R-9, art. 25(1), 36(1).

Droit criminel — Moyens de défense — Charte des droits — Affaires criminelles et pénales — Double péril — Policier accusé de voies de fait simples aux termes du Code criminel et d'une infraction majeure ressortissant au service aux termes de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada à l'égard de la même conduite — La déclaration de culpabilité relativement à une infraction majeure ressortissant au service empêche-t-elle que des procédures ultérieures ne soient engagées aux termes du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11, 24(1) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 245(1) — Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, S.R.C. 1970, chap. R-9, art. 25(1), 36(1).

### **Trimm c. Police régionale de Durham** ..... 582

Droit constitutionnel — Charte des droits — Affaires criminelles et pénales — Droit à un tribunal indépendant et impartial — Comparution d'un agent accusé d'infractions majeures ressortissant au service devant le surintendant de la police — L'article 11 de la Charte s'applique-t-il dans les circonstances? — Dans l'affirmative, les procédures sont-elles incompatibles avec l'art. 11? — Dans l'affirmative, l'article premier permet-il de justifier le règlement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(d) — Règlement 791, R.R.O. 1980, art. 3, 5(11), 6, 13, 16(4), (9), (15), 19(1), 20(2), (3), 24, Code of Offences.

### **Trumbley et Pugh c. Police de la communauté urbaine de Toronto** ..... 577

Droit constitutionnel — Charte des droits — Affaires criminelles et pénales — Droit à un tribunal indépendant et impartial — Comparution d'un agent accusé d'infractions majeures ressortissant au service devant le surintendant de la police — L'article 11 de la Charte s'applique-t-il dans les circonstances? — Dans l'affirmative, les procédures sont-elles incompatibles avec l'art. 11? — Dans l'affirmative, l'article premier permet-il de justifier le règlement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(d) — Règlement 791, R.R.O. 1980, Code of Offences, art. 1a)(i).

**Roger R. Wigglesworth** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General for Ontario and the  
Attorney General of Quebec** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. WIGGLESWORTH

File No.: 18613.

1987: March 3, 4; 1987: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
SASKATCHEWAN

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal and penal proceedings — Double jeopardy — Police officer charged with common assault under Criminal Code and with major service offence under Royal Canadian Mounted Police Act for same misconduct — Whether or not conviction of major service offence precluded subsequent proceedings under the Criminal Code — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11, 24(1) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245(1) — Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1970, c. R-9, ss. 25(1), 36(1).*

*Criminal law — Defences — Charter of Rights — Criminal and penal proceedings — Double jeopardy — Police officer charged with common assault under Criminal Code and with major service offence under Royal Canadian Mounted Police Act for same misconduct — Whether or not conviction of major service offence precluded subsequent proceedings under the Criminal Code — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11, 24(1) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245(1) — Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1970, c. R-9, ss. 25(1), 36(1).*

Appellant police officer committed a common assault, as defined in the *Criminal Code*, which was also a "major service offence" under the *Royal Canadian Mounted Police Act*. The major service offence was

**Roger R. Wigglesworth** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a

et

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

b

RÉPERTORIÉ: R. c. WIGGLESWORTH

N° du greffe: 18613.

1987: 3, 4 mars; 1987: 19 novembre.

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 LA  
SASKATCHEWAN

d

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Affaires criminelles et pénales — Double péril — Policier accusé de voies de fait simples aux termes du Code criminel et d'une infraction majeure ressortissant au service aux termes de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada à l'égard de la même inconduite — La déclaration de culpabilité relativement à une infraction majeure ressortissant au service empêche-t-elle que des procédures ultérieures ne soient engagées aux termes du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11, 24(1) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 245(1) — Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, S.R.C. 1970, chap. R-9, art. 25(1), 36(1).*

e

*Droit criminel — Moyens de défense — Charte des droits — Affaires criminelles et pénales — Double péril — Policier accusé de voies de fait simples aux termes du Code criminel et d'une infraction majeure ressortissant au service aux termes de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada à l'égard de la même inconduite — La déclaration de culpabilité relativement à une infraction majeure ressortissant au service empêche-t-elle que des procédures ultérieures ne soient engagées aux termes du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11, 24(1) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 245(1) — Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, S.R.C. 1970, chap. R-9, art. 25(1), 36(1).*

f

Le policier appellant a commis des voies de fait simples au sens du *Code criminel*, qui constituaient également une «infraction majeure ressortissant au service» au sens de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*.



dealt with first. The trial judge quashed the information for the charge of common assault under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that the accused was being tried twice for the same misconduct contrary to s. 11 of the *Charter* but the Saskatchewan Court of Queen's Bench allowed an appeal from that judgment holding that the common assault charge and the major service offence constituted separate offences. An appeal to the Court of Appeal was dismissed.

The central issue here was whether the appellant's conviction of a "major service offence" under the *Royal Canadian Mounted Police Act* precluded subsequent proceedings under the *Criminal Code* for the same misconduct on the ground that such proceedings would violate the accused's right, under s. 11(h) of the *Charter*, not to be tried twice for the same offence. The first constitutional question queried whether a prosecution by the Crown for a criminal offence arising from an act for which the accused was convicted under the *Royal Canadian Mounted Police Act* violated s. 11 of the *Charter*. If so, the second queried whether or not the subsequent prosecution was justifiable under s. 1 of the *Charter*.

*Held* (Estey J. dissenting): The appeal should be dismissed; the first constitutional question should be answered in the negative.

*Per* Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson and La Forest JJ.: 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 section is intended to provide procedural safeguards in proceedings which may attract penal consequences even if not criminal in the strict sense.

A matter could fall within s. 11 either because by its very nature it is a criminal proceeding or because a conviction in respect of the offence may lead to a true penal consequence. In cases where the two tests conflict the "by nature" test must give way to the "true penal consequence" test.

L'examen a d'abord porté sur l'infraction majeure ressortissant au service. Le juge du procès a annulé la dénonciation relative à l'accusation de voies de fait simples en application du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour le motif que l'accusé était jugé deux fois pour la même inconduite contrairement à l'art. 11 de la *Charte*, mais la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a accueilli l'appel de ce jugement en statuant que l'accusation de voies de fait simples et l'infraction majeure ressortissant au service constituaient des infractions distinctes. L'appel interjeté à la Cour d'appel a été rejeté.

La question principale soulevée en l'espèce était de savoir si la déclaration de culpabilité de l'appellant relativement à une «infraction majeure ressortissant au service» au sens de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* empêchait que des procédures ultérieures ne soient engagées aux termes du *Code criminel* à l'égard de la même inconduite, pour le motif que ces procédures porteraient atteinte au droit que possède l'accusé, en vertu de l'al. 11h) de la *Charte*, de ne pas être jugé deux fois pour la même infraction. La première question constitutionnelle est de savoir si les poursuites intentées par le ministère public relativement à un acte pour lequel l'accusé s'est déjà vu déclarer coupable en vertu de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* vont à l'encontre de l'art. 11 de la *Charte*. Dans l'affirmative, la deuxième question consiste à se demander si les poursuites subséquentes sont justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte*.

*Arrêt* (le juge Estey est dissident): Le pourvoi est rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson et La Forest: 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. L'article est destiné à offrir des garanties en matière de procédure dans des affaires qui peuvent entraîner des conséquences pénales, même s'il ne s'agit pas d'affaires criminelles au sens strict.

Une affaire pourrait relever de l'art. 11 soit parce que, de par sa nature même, il s'agit d'une procédure criminelle, soit parce qu'une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction est susceptible d'entraîner une véritable conséquence pénale. Dans les cas où il y a conflit entre les deux critères, le critère de la «nature même» doit céder devant celui de la «véritable conséquence pénale».

If a particular matter is of a public nature, intended to promote public order and welfare within a public sphere of activity, then that matter falls within s. 11. This is to be distinguished from private, domestic or disciplinary matters which are regulatory, protective or corrective and which are primarily intended to maintain discipline, professional integrity and professional standards or to regulate conduct within a limited private sphere of activity.

The R.C.M.P. Code of Discipline is concerned with the maintenance of discipline and integrity within the Force and is designed to regulate conduct relevant to being a member of the R.C.M.P. The proceedings before the Royal Canadian Mounted Police Service Court are accordingly neither criminal nor quasi-criminal proceedings. However, an officer charged and convicted under the Code of Discipline faces a true penal consequence since conviction can result in imprisonment for one year.

Nevertheless, appellant does not have the benefit of s. 11(h) because he was not being tried and punished for the same offence. The "offences" were quite different. One was an internal disciplinary matter where the accused was found guilty of a major service offence and has accounted to his profession. The other was the criminal offence of assault where the accused must account to society at large for his conduct. The accused cannot complain, as a member of a special group of individuals subject to private internal discipline, that he ought not to account to society for his wrongdoing as a member of the public at large.

Constitutionally guaranteed procedural protections may be available in a particular case under s. 7 of the *Charter* even although s. 11 is not available. The appellant in this case chose to base his case solely on s. 11 of the *Charter*.

*Per Estey J. (dissenting):* A tribunal's power to couple a one-year imprisonment sentence with a virtually inevitable dismissal from the Force upon conviction does not amount to a scale of punishment which reflects only the internal disciplinary interest of the R.C.M.P. but also takes into consideration the interest of the larger community in the suppression of the crime of assault wherever committed. The test must be practical: whether the first court, upon registering a conviction, was performing a task assigned by Parliament which, by the scale of punishment available to the tribunal, is readily recogniz-

Si une affaire en particulier est de nature publique et vise à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique, alors cette affaire relève de l'art. 11. Il faut distinguer cela d'avec les affaires privées, internes ou disciplinaires qui sont de nature réglementaire, protectrice ou corrective et qui sont principalement destinées à maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle ainsi que certaines normes professionnelles, ou à réglementer la conduite dans une sphère d'activité privée et limitée.

Le Code de discipline de la G.R.C. porte sur le maintien de la discipline et de l'intégrité au sein de la Gendarmerie et est conçu pour réglementer la conduite relative au fait d'être membre de la G.R.C. Par conséquent, les procédures engagées devant le tribunal du service de la Gendarmerie royale du Canada ne sont ni des procédures criminelles ni des procédures quasi-criminelles. Cependant, un agent accusé et déclaré coupable aux termes du Code de discipline risque de subir une véritable conséquence pénale puisqu'il est passible d'une peine d'emprisonnement d'un an.

Néanmoins, l'appelant ne bénéficie pas de la protection de l'al. 11h) étant donné qu'il n'est pas jugé ni puni de nouveau pour la même infraction. Les «infractions» sont totalement différentes. L'une porte sur une question de discipline interne à l'égard de laquelle l'accusé a été déclaré coupable d'une infraction majeure ressortissant au service dont il a rendu compte à sa profession. L'autre est l'infraction criminelle de voies de fait à l'égard de laquelle l'accusé doit rendre compte de sa conduite à la société en général. L'accusé ne peut se plaindre, comme membre d'un groupe spécial d'individus assujettis à une discipline interne privée, qu'il ne devrait pas être responsable de son méfait envers la société comme membre du public en général.

Des garanties constitutionnelles en matière de procédure peuvent être invoquées dans un cas particulier aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, même si on ne peut se fonder sur l'art. 11. L'appelant en l'espèce a choisi de fonder son argumentation uniquement sur l'art. 11 de la *Charte*.

*Le juge Estey (dissident):* Le pouvoir d'un tribunal de conjuguer une peine d'un an d'emprisonnement à un renvoi quasi inévitable de la Gendarmerie ne correspond pas à un barème de peines qui reflète seulement l'intérêt qu'a la G.R.C. dans la discipline interne sans également tenir compte de l'intérêt plus général de la société à ce que le crime de voies de fait soit réprimé où qu'il soit commis. Le critère à appliquer doit être le critère pratique consistant à déterminer si, en inscrivant une déclaration de culpabilité, le premier tribunal a rempli une tâche attribuée par le législateur, qui en raison des

able as a process in which the general public's interest in the administration of criminal law is recognized over and above the limited interest of internal discipline. The subsequent proceeding under s. 245(1) of the *Criminal Code* falls squarely within the prohibition in s. 11(h) of the *Charter* and a breach of a right under that section cannot be justified by any conceivable s. 1 reasonable limits analysis.

### Cases Cited

By Wilson J.

**Considered:** *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480; referred to: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Mingo* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23; *Yeomans v. Gaw* (1985), 22 C.C.C. (3d) 311; *Howard and Presiding Officer of Inmate Disciplinary Court of Stony Mountain Institution* (1983), 8 C.C.C. (3d) 557 (F.C.T.D.), subsequently reversed but in reliance on s. 7 of the *Charter* at [1984] 2 F.C. 642 (C.A.); *Russell v. Radley*, [1984] 1 F.C. 543; *Re Peltari and Director of the Lower Mainland Regional Correctional Centre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 223; *Knockaert v. Commissioner of Corrections* (1986), 18 Admin. L.R. 273 (F.C.T.D.), subsequently upheld by [1987] 2 F.C. 202 (C.A.); *Re James and Law Society of British Columbia* (1982), 143 D.L.R. (3d) 379; *Rosenbaum v. Law Society of Manitoba*, [1983] 5 W.W.R. 752; *Belhumeur v. Discipline Committee of Quebec Bar Association* (1983), 34 C.R. (3d) 279; *Re Law Society of Manitoba and Savino* (1983), 1 D.L.R. (4th) 285; *Re Fang and College of Physicians & Surgeons of Alberta* (1985), 25 D.L.R. (4th) 632; *Re Nash and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490; *Re Lazarenko and Law Society of Alberta* (1983), 4 D.L.R. (4th) 389, subsequently disapproved by Alta. C.A. in *Re Fang and College of Physicians and Surgeons of Alberta* (1985), 25 D.L.R. (4th) 632; *R. v. B & W Agricultural Services Ltd.* (1982), 3 C.R.R. 354; *Trumbley and Pugh v. Metropolitan Toronto Police (sub nom. Re Trumbley and Fleming)* (1986), 55 O.R. (2d) 570; *Re Barry and Alberta Securities Commission* (1986), 25 D.L.R. (4th) 730; *Eastern Counties and London and Blackwall Railway Cos. v. Marriage* (1860), 9 H.L. Cas. 31; *Sheffield Waterworks Co. v. Bennett* (1872), L.R. 7 Ex. 409; *Stephens v. Cuckfield Rural District Council*, [1960] 2 All E.R. 716; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1986] 1 S.C.R. 678; *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193; *Re Malartic Hygrade Gold Mines (Canada) Ltd. and Ontario Securities Commission* (1986), 54 O.R. (2d) 544; *The Queen and Archer v. White*, [1956] S.C.R. 154; *Inkster v. Radey*, [1979] 2 F.C. 457; *Van Rassel v. Canada,*

diverses peines que le tribunal peut imposer est facilement reconnaissable comme étant un processus dans lequel l'intérêt qu'a le public en général dans l'application du droit criminel se voit accorder la préséance sur l'intérêt limité en matière de discipline interne. La procédure subséquente engagée en vertu du par. 245(1) du *Code criminel* est nettement assujettie à l'interdiction de l'art. 11h) de la *Charte* et il est impossible d'imaginer aucune analyse des limites raisonnables, fondée sur l'article premier, qui permette de justifier la violation d'un droit garanti par cette disposition.

### Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

**Arrêt examiné:** *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480; **arrêts mentionnés:** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. v. Mingo* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23; *Yeomans v. Gaw* (1985), 22 C.C.C. (3d) 311; *Howard and Presiding Officer of Inmate Disciplinary Court of Stony Mountain Institution* (1983), 8 C.C.C. (3d) 557 (C.F.D.P.I.), infirmée par la suite, mais en fonction de l'art. 7 de la *Charte*, à [1984] 2 C.F. 642 (C.A.); *Russell c. Radley*, [1984] 1 C.F. 543; *Re Peltari and Director of the Lower Mainland Regional Correctional Centre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 223; *Knockaert v. Commissioner of Corrections* (1986), 18 Admin. L.R. 273 (C.F.D.P.I.), confirmée par la suite par [1987] 2 C.F. 202 (C.A.); *Re James and Law Society of British Columbia* (1982), 143 D.L.R. (3d) 379; *Rosenbaum v. Law Society of Manitoba*, [1983] 5 W.W.R. 752; *Belhumeur v. Discipline Committee of Quebec Bar Association* (1983), 34 C.R. (3d) 279; *Re Law Society of Manitoba and Savino* (1983), 1 D.L.R. (4th) 285; *Re Fang and College of Physicians & Surgeons of Alberta* (1985), 25 D.L.R. (4th) 632; *Re Nash and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490; *Re Lazarenko and Law Society of Alberta* (1983), 4 D.L.R. (4th) 389, désapprouvé par la suite par la Cour d'appel de l'Alberta dans *Re Fang and College of Physicians & Surgeons of Alberta* (1985), 25 D.L.R. (4th) 632; *R. v. B & W Agricultural Services Ltd.* (1982), 3 C.R.R. 354; *Trumbley and Pugh v. Metropolitan Toronto Police (sub nom. Re Trumbley and Fleming)* (1986), 55 O.R. (2d) 570; *Re Barry and Alberta Securities Commission* (1986), 25 D.L.R. (4th) 730; *Eastern Counties and London and Blackwall Railway Cos. v. Marriage* (1860), 9 H.L. Cas. 31; *Sheffield Waterworks Co. v. Bennett* (1872), L.R. 7 Ex. 409; *Stephens v. Cuckfield Rural District Council*, [1960] 2 All E.R. 716; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada*, [1986] 1 R.C.S. 678; *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193; *Re Malartic Hygrade Gold Mines (Canada) Ltd. and Ontario Securities Commission* (1986), 54 O.R. (2d) 544; *The Queen and Archer v. White*, [1956] R.C.S. 154; *Inkster c.*

[1987] 1 F.C. 473; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Re Pelissero and Loree* (1982), 140 D.L.R. (3d) 676; *Re MacDonald and Marriott* (1984), 7 D.L.R. (4th) 697; *Re Bridges and Bridges* (Ont. Prov. Ct., Colter Prov. Ct. J., unreported); *R. v. DeBaie* (1983), 60 N.S.R. (2d) 78; *R. v. Belliveau* (1984), 55 N.B.R. (2d) 82.

By Estey J. (dissenting)

*R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(f).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 11, 24(1).  
*Constitution Act, 1867*, s. 92(15).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245(1).  
*Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1970, c. R-9, ss. 25(1), 36(1), 45.

#### Authors Cited

Bower, George Spencer. *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. by Sir Alexander Kingcome Turner. London: Butterworths, 1969.  
 Craies, William Feilden. *Craies on Statute Law*, 7th ed. by S.G.G. Edgar. London: Sweet & Maxwell, 1971.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Manning, Morris. *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982*. Toronto: Emond-Montgomery, 1983.  
 Maxwell, Sir Peter B. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. by P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.  
 McDonald, David C. *Legal Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Manual of Issues and Sources*. Toronto: Carswells, 1982.  
 Stuart, Don. "Annotation to *R. v. Wigglesworth*" (1984), 38 C.R. (3d) 388.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1984), 31 Sask. R. 153, 7 D.L.R. (4th) 361, [1984] 3 W.W.R. 289, 11 C.C.C. (3d) 27, 38 C.R. (3d) 388, dismissing an appeal from a judgment of the Saskatchewan Court of Queen's Bench (1983), 25 Sask. R. 149, 150 D.L.R. (3d) 748, 7 C.C.C. (3d) 170, 35 C.R. (3d) 322, allowing an appeal from a judgment of Meagher Prov. Ct. J. (1983), 33 C.R. (3d) 44, quashing an information. Appeal dismissed, Estey J. dissenting; the first constitutional question should be answered in the negative.

Gerald N. Allbright, Q.C., for the appellant.

*Radey*, [1979] 2 C.F. 457; *Van Rassel c. Canada*, [1987] 1 C.F. 473; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Re Pelissero and Loree* (1982), 140 D.L.R. (3d) 676; *Re MacDonald and Marriott* (1984), 7 D.L.R. (4th) 697; *Re Bridges and Bridges* (C. prov. Ont., le juge Colter, inédit); *R. v. DeBaie* (1983), 60 N.S.R. (2d) 78; *R. v. Belliveau* (1984), 55 N.B.R. (2d) 82.

Citée par le juge Estey (dissident)

*R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11, 24(1).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 245(1).  
*Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, art. 2f).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92(15).  
*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, chap. R-9, art. 25(1), 36(1), 45.

#### Doctrine citée

Bower, George Spencer. *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. by Sir Alexander Kingcome Turner. London: Butterworths, 1969.  
 Craies, William Feilden. *Craies on Statute Law*, 7th ed. by S.G.G. Edgar. London: Sweet & Maxwell, 1971.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Manning, Morris. *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982*. Toronto: Emond-Montgomery, 1983.  
 Maxwell, Sir Peter B. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. by P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.  
 McDonald, David C. *Legal Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Manual of Issues and Sources*. Toronto: Carswells, 1982.  
 Stuart, Don. «Annotation to *R. v. Wigglesworth*» (1984), 38 C.R. (3d) 388.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1984), 31 Sask. R. 153, 7 D.L.R. (4th) 361, [1984] 3 W.W.R. 289, 11 C.C.C. (3d) 27, 38 C.R. (3d) 388, qui a rejeté l'appel d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan (1983), 25 Sask. R. 149, 150 D.L.R. (3d) 748, 7 C.C.C. (3d) 170, 35 C.R. (3d) 322, qui avait accueilli l'appel de la décision d'annuler une dénonciation rendue par le juge Meagher de la Cour provinciale (1983), 33 C.R. (3d) 44. Pourvoi rejeté, le juge Estey est dissident; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Gerald N. Allbright, c.r., pour l'appellant.

*Carol Snell and Graeme G. Mitchell*, for the respondent.

*Julius Isaac, Q.C.*, and *Yvon Vanasse*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Dennis W. Brown, Q.C.*, and *Peter R. Jervis*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Yves de Montigny and Françoise Saint-Martin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson and La Forest JJ. was delivered by

WILSON J.—The central issue on this appeal is whether the appellant's conviction of a "major service offence" under the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1970, c. R-9, precludes subsequent proceedings under the *Criminal Code* for the same misconduct. The resolution of this issue requires a decision as to whether such a major service offence constitutes an "offence" within the meaning of s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether proceedings under the *Criminal Code* would violate the appellant's right under s. 11(h) of the *Charter* not to be tried and punished again for the same offence. Before turning to a consideration of these issues it is necessary to examine briefly the facts of the case.

### 1. The Facts

The appellant was at all material times a Constable of the Royal Canadian Mounted Police. On August 21, 1981, one Donald Kerr was brought to the R.C.M.P. detachment in Yorkton, Saskatchewan for a breathalyzer test. Kerr was taken into a room where he met the appellant.

The appellant started to question Kerr concerning the incident giving rise to his arrest. He asked Kerr who was driving the car at the time. Kerr indicated that his sister was driving. The appellant suspected he was lying. He repeated the question a couple of times, receiving the same response each

*Carol Snell et Graeme G. Mitchell*, pour l'intimée.

*Julius Isaac, c.r.*, et *Yvon Vanasse*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Dennis W. Brown, c.r.*, et *Peter R. Jervis*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Yves de Montigny et Françoise Saint-Martin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson et La Forest rendu par

LE JUGE WILSON—La question principale soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la déclaration de culpabilité de l'appelant relativement à une «infraction majeure ressortissant au service» au sens de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, chap. R-9, empêche que des procédures ultérieures ne soient engagées aux termes du *Code criminel* à l'égard de la même inconduite. Pour trancher cette question, il est nécessaire de déterminer si une infraction majeure ressortissant au service constitue une «infraction» au sens de l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si des procédures engagées aux termes du *Code criminel* porteraient atteinte au droit que possède l'appelant, en vertu de l'al. 11h) de la *Charte*, de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour la même infraction. Avant de répondre à ces questions, il est nécessaire d'examiner brièvement les faits de l'espèce.

### 1. Les faits

Pendant la période visée, l'appelant était un agent de la Gendarmerie royale du Canada. Le 21 août 1981, un nommé Donald Kerr a été amené au poste de la G.R.C. à Yorkton (Saskatchewan), pour y subir un alcootest. Kerr a été conduit dans une pièce où il a rencontré l'appelant.

L'appelant a commencé à interroger Kerr au sujet de l'incident à l'origine de son arrestation. Il a demandé à Kerr de lui dire qui conduisait la voiture à ce moment-là. Kerr a indiqué que c'était sa sœur qui conduisait. L'appelant le soupçonnait de mentir. Il a répété la question à deux reprises,

time. The appellant then grabbed Kerr, who was seated in a chair at the time, by the throat and pushed him against a wall. The grab around the throat was sufficient to cause a choking sensation to Kerr.

After a few seconds the appellant questioned Kerr again as to who was driving the car. Kerr continued to maintain that his sister was driving. The appellant slapped Kerr across the face with his open hand and repeated the question. Kerr gave the same answer. However, after three or four slaps Kerr admitted that he had been driving the car. At no time did Kerr respond physically to the appellant's slaps. The defence has admitted, on these facts, that the appellant committed a common assault as defined in the *Criminal Code*. As a result of the assault Kerr suffered a sore throat, a ringing in his ears, and several minor marks on his face.

Two charges were laid following this incident. On August 21, 1981 the appellant was charged with common assault contrary to s. 245(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The appellant was also charged under the *Royal Canadian Mounted Police Act* as follows:

That at or near Yorkton, in the Province of Saskatchewan, on the 21st day of August, 1981, that you were unnecessarily violent towards a prisoner, to wit: Donald Kerr, by forcibly grabbing him and slapping him in the face, contrary to Section [sic] (L), Section 25 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*.

## 2. The Courts Below

On June 2, 1982 the appellant appeared before Inspector S. G. Wilcox of the Royal Canadian Mounted Police Service Court for trial of the charge laid under the *Royal Canadian Mounted Police Act*. The appellant was found guilty of a "major service offence" under s. 25(1) of that Act. The section reads as follows:

25. Every member who

en recevant chaque fois la même réponse. Alors l'appelant a saisi à la gorge Kerr qui était alors assis, et l'a poussé contre un mur. La prise à la gorge était suffisante pour que Kerr se sente a suffoquer.

Après quelques secondes, l'appelant a de nouveau demandé à Kerr qui conduisait la voiture. Kerr a continué à maintenir que c'était sa sœur qui conduisait. L'appelant a frappé Kerr à la figure avec le plat de sa main et a répété la question. Kerr a donné la même réponse. Toutefois, après avoir reçu trois ou quatre gifles, Kerr a admis qu'il conduisait la voiture. Kerr n'a jamais répliqué physiquement aux coups de l'appelant. La défense a reconnu, compte tenu de ces faits, que l'appelant avait commis des voies de fait simples au sens du *Code criminel*. Par suite des voies de fait, Kerr a eu mal à la gorge, a éprouvé des bourdonnements d'oreilles et a subi plusieurs contusions mineures au visage.

Deux accusations ont été portées à la suite de cet incident. Le 21 août 1981, l'appelant a été accusé d'avoir commis des voies de fait simples contrairement au par. 245(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. L'appelant a également été accusé en vertu de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*:

[TRADUCTION] D'avoir, à Yorkton ou près de Yorkton, dans la province de la Saskatchewan, le 21 août 1981, eu inutilement recours à la violence contre un prisonnier, savoir: Donald Kerr, en l'empoignant de force et en le frappant au visage, contrairement à l'al. 25(1) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*.

## 2. Les tribunaux d'instance inférieure

Le 2 juin 1982, l'appelant a comparu devant l'inspecteur S. G. Wilcox du tribunal du service de la Gendarmerie royale du Canada pour subir son procès relativement à l'accusation portée en vertu de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*. L'appelant a été déclaré coupable d'avoir commis une «infraction majeure ressortissant au service» au sens de l'al. 25(1) de cette loi. Voici le texte de l'article:

25. Tout membre qui

(l) is cruel, harsh or unnecessarily violent to any prisoner or other person;

l) se conduit d'une manière cruelle, dure ou inutilement violente envers un prisonnier ou une autre personne;

is guilty of an offence, to be known as a major service offence, and is liable to trial and punishment as prescribed in this Part.

a est coupable d'une infraction qualifiée d'infraction majeure ressortissant au service et peut être jugé et puni ainsi que le prescrit la présente Partie.

The maximum penalty imposed by s. 36(1) of the Act for such an offence is imprisonment for one year. The appellant was assessed a fine of \$300.

b La peine maximale que prescrit le par. 36(1) de la Loi à l'égard d'une telle infraction est l'emprisonnement pour une période d'un an. Une amende de 300 \$ a été imposée à l'appelant.

On February 2, 1983 the appellant appeared before His Honour Judge Meagher of the Saskatchewan Provincial Court for trial of the charge of common assault under s. 245(1) of the *Criminal Code*. His counsel submitted that it would be improper to proceed with this charge following the conviction under the *Royal Canadian Mounted Police Act* since this would violate the accused's right under s. 11(h) of the *Charter* not to be tried and punished twice for the same offence. The trial judge accepted this submission and quashed the information pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. He held that both the proceeding before the service tribunal and the proceeding before the criminal court were penal in nature—both involved a trial for an alleged "offence" and a possible term of imprisonment following a determination of guilt. In his view, if punishment were meted out in each case, the appellant would be punished twice for the same offence.

c Le 2 février 1983, l'appelant a comparu devant le juge Meagher de la Cour provinciale de la Saskatchewan pour subir son procès relativement à l'accusation de voies de fait simples portée en vertu du par. 245(1) du *Code criminel*. Son avocat a soutenu qu'il ne siérait pas de maintenir cette accusation à la suite de la déclaration de culpabilité aux termes de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* parce que cela porterait atteinte au droit dont jouit l'accusé, en vertu de l'al. 11h) de la *Charte*, de ne pas être jugé ni puni deux fois pour la même infraction. Le juge du procès a fait droit à cet argument et a annulé la dénonciation conformément au par. 24(1) de la *Charte*. Il a statué que la procédure devant le tribunal du service et celle devant la cour criminelle étaient toutes les deux de nature pénale et comportaient un procès relatif à une prétendue «infraction» ainsi que la possibilité d'être emprisonné par suite d'une déclaration de culpabilité. À son avis, si une peine devait être infligée dans chaque cas, l'appelant serait puni deux fois pour la même infraction.

The Crown appealed to the Court of Queen's Bench for Saskatchewan. On July 5, 1983 that Court allowed the appeal. Kindred J. held that the trial judge had erred in law in holding that the conviction under the *Royal Canadian Mounted Police Act* precluded him from trying the appellant under the *Criminal Code*. The two constituted different offences. The former was a trial before a service tribunal for a breach of discipline amounting to a major service offence applicable only to members of the Force, while the latter was a trial in a court of record for a criminal offence applicable to all. The Court found the appellant guilty as charged and assessed a fine of \$250 to be paid

d Le ministère public a interjeté appel devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan. Le 5 juillet 1983, cette cour a accueilli l'appel. Le juge Kindred a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en statuant que la déclaration de culpabilité aux termes de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* l'empêchait de juger l'appelant sous le régime du *Code criminel*. Il était question de deux infractions différentes. Dans le premier cas, il s'agissait d'un procès devant un tribunal du service portant sur un manquement à la discipline qui constituait une infraction majeure ressortissant au service applicable seulement aux membres de la Gendarmerie, alors

within one month or imprisonment for fifteen days.

The appellant appealed to the Court of Appeal for Saskatchewan. On February 16, 1984 the appeal was dismissed. The Court of Appeal held that the proceeding before the R.C.M.P. service tribunal was purely "disciplinary". In its view, that proceeding was concerned only with the professional aspect of the appellant's conduct. It was still necessary for the appellant to answer to society for the criminal aspect of his conduct. It held that s. 11(h) of the *Charter* did not prevent the appellant from being tried and charged for the criminal offence of assault because he was not found guilty and punished for that "offence" within the meaning of s. 11 of the *Charter*. Cameron J.A. stated:

A single act may have more than one aspect, and it may give rise to more than one legal consequence. It may, if it constitutes a breach of the duty a person owes to society, amount to a crime, for which the actor must answer to the public. At the same time, the act may, if it involves injury and a breach of one's duty to another, constitute a private cause of action for damages, for which the actor must answer to the person he injured. And that same act may have still another aspect to it: it may also involve a breach of the duties of one's office or calling, in which event the actor must account to his professional peers. For example a doctor who sexually assaults a patient will be liable, at one and the same time, to a criminal conviction at the behest of the state; to a judgment for damages, at the instance of the patient, and to an order of discipline on the motion of the governing council of his profession. Similarly a policeman who assaults a prisoner is answerable to the state for his crime; to the victim for damage he caused; and to the police force for discipline.

Cameron J.A. concluded:

que, dans le second cas, il s'agissait d'un procès devant une cour d'archives portant sur une infraction criminelle d'application générale. La cour a déclaré l'appellant coupable de l'infraction dont il avait été accusé et lui a imposé une amende de 250 \$ payable dans un délai d'un mois, sans quoi il devrait purger une peine d'emprisonnement de quinze jours.

L'appellant a interjeté appel à la Cour d'appel de la Saskatchewan. Le 16 février 1984, l'appel a été rejeté. La Cour d'appel a conclu que la procédure engagée devant le tribunal du service de la G.R.C. était purement «disciplinaire». À son avis, cette procédure ne visait que l'aspect professionnel de la conduite de l'appellant. Il était toujours nécessaire que l'appellant soit comptable envers la société en ce qui concerne l'aspect criminel de sa conduite. La Cour a statué que l'al. 11h) de la *Charte* n'empêchait pas l'appellant d'être jugé et mis en accusation relativement à l'infraction criminelle de voies de fait parce qu'il n'avait pas été déclaré coupable et puni relativement à cette «infraction» au sens de l'art. 11 de la *Charte*. Le juge Cameron a dit:

[TRADUCTION] Il est possible qu'un acte unique comporte plus d'un aspect et entraîne plus d'une conséquence juridique. S'il constitue un manquement à une obligation envers la société, il peut équivaloir à un crime dont l'auteur est responsable envers le public. S'il y a eu blessure et manquement à une obligation envers autrui, le même acte peut donner lieu à une action en dommages-intérêts intentée par la personne à qui l'auteur de l'acte a causé un préjudice. Le même acte peut comporter un autre aspect, c'est-à-dire le manquement aux obligations découlant de l'exercice d'une fonction ou d'une profession, auquel cas l'auteur doit s'expliquer devant ses pairs. Ainsi, un médecin qui commet une agression sexuelle contre un patient sera passible à la fois d'une condamnation au criminel à l'instigation de l'État, d'une poursuite en dommages-intérêts sur les instances du patient, et d'une sanction disciplinaire à la demande du conseil d'administration de sa profession. De même, un agent de police qui agresse un prisonnier est comptable envers l'État pour le crime qu'il a commis, envers la victime pour le préjudice qu'il a causé, et envers le corps policier dont il est membre pour son manquement à la discipline.

Le juge Cameron a conclu:



In the light of this I think Constable Wigglesworth's contention must fail since the proceeding before the R.C.M.P. service tribunal was purely disciplinary. It was concerned only with the professional aspect of his conduct: the "offence" of which he was found guilty, a "major service offence", lay in the breach by him of his policeman's duty not to treat his prisoners harshly, cruelly, or with unnecessary violence. He must still answer to society for the criminal aspect of his conduct, or for his "criminal offence".

Cameron J.A. also added that he expressed no opinion as to the constitutionality of the power given to the R.C.M.P. under the *Royal Canadian Mounted Police Act* to imprison members of its force found guilty of major service offences.

By order dated May 22, 1986, Dickson C.J. stated the following constitutional questions:

1. Is a prosecution by the Crown for the offence of common assault pursuant to s. 245(1) of the *Criminal Code* of Canada, in relation to an act for which the accused has been previously convicted and fined for an offence of unnecessary violence towards a prisoner contrary to s. 25(1) and Part II of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, in violation of s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If a prosecution by the Crown for the offence of common assault pursuant to s. 245(1) of the *Criminal Code* of Canada in relation to an act for which the accused has been previously convicted and fined for an offence of unnecessary violence towards a prisoner contrary to s. 25(1) and Part II of the *Royal Canadian Mounted Police Act* violates s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the subsequent prosecution by the Crown justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

### 3. The Issue

Section 11 of the *Charter* reads as follows:

11. Any person charged with an offence has the right:

[TRADUCTION] Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis que l'argument de l'agent Wigglesworth doit échouer étant donné que la procédure devant le tribunal du service de la G.R.C. était purement disciplinaire. Elle ne portait que sur l'aspect professionnel de sa conduite: l'«infraction» dont il a été déclaré coupable, une «infraction majeure ressortissant au service» découle du fait qu'il a manqué au devoir qu'il a en tant que policier de ne pas traiter ses prisonniers d'une manière cruelle, dure ou inutilement violente. Il est encore responsable envers la société en ce qui concerne l'aspect criminel de sa conduite ou en ce qui a trait à son «infraction criminelle».

Le juge Cameron a également ajouté qu'il n'exprimait aucune opinion quant à la constitutionnalité du pouvoir que la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* accorde à la G.R.C. d'emprisonner les membres de la Gendarmerie qui sont déclarés coupables d'infractions majeures ressortissant au service.

Dans une ordonnance datée du 22 mai 1986, le juge en chef Dickson a énoncé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les poursuites pour voies de fait simples intentées par le ministère public, conformément au par. 245(1) du *Code criminel* du Canada, relativement à un acte pour lequel l'accusé s'est déjà vu déclarer coupable et infliger une amende pour s'être conduit d'une manière inutilement violente envers un prisonnier contrairement au par. 25(1) et à la partie II de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, vont-elles à l'encontre de l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. À supposer que les poursuites pour voies de fait simples intentées par le ministère public, conformément au par. 245(1) du *Code criminel* du Canada, relativement à un acte pour lequel l'accusé s'est déjà vu déclarer coupable et infliger une amende pour s'être conduit d'une manière inutilement violente envers un prisonnier contrairement au par. 25(1) et à la partie II de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, aillent à l'encontre de l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les poursuites subséquentes intentées par le ministère public sont-elles justifiées par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

### 3. La question en litige

Voici le texte de l'art. 11 de la *Charte*:

11. Tout inculpé a le droit:

(a) to be informed without reasonable delay of the specific offence;

(b) to be tried within a reasonable time;

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

(e) not to be denied reasonable bail without just cause;

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

(g) not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

(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; and

(i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

As mentioned above, the first question to be considered is whether the appellant has been "charged with an offence" within the meaning of the opening words of s. 11. The proper approach to *Charter* interpretation was set out by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. At page 344, Dickson C.J. stated:

The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* [is] to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

... this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the

a) d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche;

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

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;

e) de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable;

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations;

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;

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

Comme je l'ai mentionné précédemment, la première question qui doit être examinée est de savoir si l'appelant était un «inculpé» au sens de la disposition liminaire de l'art. 11. Cette Cour a énoncé la position qu'il faut adopter en matière d'interprétation de la *Charte* dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Le juge en chef Dickson a dit à la p. 344:

Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

... il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette

specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts.

There have been a large number of cases decided on the issue whether the accused has been "charged with an offence" within the meaning of the section. A number of these cases have recognized a so-called "disciplinary exception" to the application of s. 11. Thus, in *R. v. Mingo* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23 (B.C.S.C.), s. 11(h) was held to be inapplicable to a criminal prosecution for the same conduct which had been the subject of disciplinary proceedings against an inmate. A similar result has been reached in cases dealing with proceedings following a conviction for a disciplinary offence under the *Penitentiary Service Regulations*: for example, *Yeomans v. Gaw* (1985), 22 C.C.C. (3d) 311 (F.C.A.), and *Howard and Presiding Officer of Inmate Disciplinary Court of Stony Mountain Institution* (1983), 8 C.C.C. (3d) 557 (F.C.T.D.), subsequently reversed but in reliance on s. 7 of the *Charter* at [1984] 2 F.C. 642 (C.A.); *contra*: *Russell v. Radley*, [1984] 1 F.C. 543 (T.D.); *Re Peltari and Director of the Lower Mainland Regional Correctional Centre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 223 (B.C.S.C.); and *Knockaert v. Commissioner of Corrections* (1986), 18 Admin. L.R. 273 (F.C.T.D.), subsequently upheld by [1987] 2 F.C. 202 (C.A.) The same conclusion that s. 11 does not apply to disciplinary proceedings has been reached in cases involving proceedings brought pursuant to professional disciplinary statutes: see, for example, *Re James and Law Society of British Columbia* (1982), 143 D.L.R. (3d) 379 (B.C.S.C.); *Rosenbaum v. Law Society of Manitoba*, [1983] 5 W.W.R. 752 (Man. Q.B.);

liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de cette Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

Il y a eu un grand nombre de décisions sur la question de savoir si l'accusé était un «inculpé» au sens de cet article. Dans un certain nombre de ces affaires, on a reconnu l'existence d'une soi-disante «exception disciplinaire» à l'application de l'art. 11. Ainsi, dans *R. v. Mingo* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23 (C.S.C.-B.), on a jugé que l'al. 11h) ne s'appliquait pas à des poursuites criminelles portant sur la même conduite qui a donné lieu à des procédures disciplinaires contre un détenu. On est arrivé à un résultat semblable dans des affaires où il était question de procédures subséquentes à une déclaration de culpabilité d'une infraction en matière de discipline, prononcée en vertu du *Règlement sur le service des pénitenciers*: par exemple, *Yeomans c. Gaw* (1985), 22 C.C.C. (3d) 311 (C.A.F.), et *Howard and Presiding Officer of Inmate Disciplinary Court of Stony Mountain Institution* (1983), 8 C.C.C. (3d) 557 (C.F.D.P.I.), infirmée par la suite, mais en fonction de l'art. 7 de la *Charte*, à [1984] 2 C.F. 642 (C.A.); décisions contraires: *Russell c. Radley*, [1984] 1 C.F. 543 (D.P.I.), *Re Peltari and Director of the Lower Mainland Regional Correctional Centre* (1984), 15 C.C.C. (3d) 223 (C.S.C.-B.), et *Knockaert v. Commissioner of Corrections* (1986), 18 Admin. L.R. 273 (C.F.D.P.I.), confirmée par la suite par [1987] 2 C.F. 202 (C.A.) On est arrivé à la même conclusion selon laquelle l'art. 11 ne s'applique pas à des procédures disciplinaires, dans des affaires portant sur des procédures engagées conformément à des lois en matière de discipline professionnelle: voir par exemple *Re James and Law Society of British*

*Belhumeur v. Discipline Committee of Quebec Bar Association* (1983), 34 C.R. (3d) 279 (Que. S.C.); *Re Law Society of Manitoba and Savino* (1983), 1 D.L.R. (4th) 285 (Man. C.A.); *Re Fang and College of Physicians & Surgeons of Alberta* (1985), 25 D.L.R. (4th) 632 (Alta. C.A.)

The breadth of the opening words of s. 11 "any person charged with an offence" suggests that the section may well apply to non-criminal proceedings. A few cases support this interpretation, holding that the rights guaranteed by s. 11 of the *Charter* are available to those "charged" with disciplinary offences. In *Re Nash and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490 (Nfld. Prov. Ct.), it was submitted before Kennedy Prov. Ct. J. that an internal disciplinary panel of the Royal Newfoundland Constabulary contravened s. 11(d) of the *Charter* because it was not an independent and impartial tribunal. In considering the meaning of the word "offence" in s. 11(d), Kennedy Prov. Ct. J. stated at p. 494:

The word "offence" is broad enough to apply to any breach or charge whereby an accused can be punished. "Offence" is broad enough to apply to any of the actions taken against members of self-governing professional groups and associations and is also applicable to offences involving breaches of codes of conduct for such groups as police forces and members of the armed services.

An equally broad interpretation of the word "offence" appears in *Re Lazarenko and Law Society of Alberta* (1983), 4 D.L.R. (4th) 389 (Alta. Q.B.), at p. 398 (subsequently disapproved by the Alberta Court of Appeal in *Re Fang and College of Physicians & Surgeons of Alberta, supra*). In *R. v. B & W Agricultural Services Ltd.* (1982), 3 C.R.R. 354 (B.C. Prov. Ct.), the accused was charged with a violation of the *Aeronautics Act* even although his licence had already been suspended for 30 days by an Air Transport Committee. Shupe Prov. Ct. J., noting that the term "offence" in s. 11 of the *Charter* was much broader than the term "criminal offence" in s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970,

*Columbia* (1982), 143 D.L.R. (3d) 379 (C.S.C.-B.), *Rosenbaum v. Law Society of Manitoba*, [1983] 5 W.W.R. 752 (B.R. Man.), *Belhumeur v. Discipline Committee of Quebec Bar Association* (1983), 34 C.R. (3d) 279 (C.S. Qué.), *Re Law Society of Manitoba and Savino* (1983), 1 D.L.R. (4th) 285 (C.A. Man.), *Re Fang and College of Physicians & Surgeons of Alberta* (1985), 25 D.L.R. (4th) 632 (C.A. Alb.)

La portée des termes «tout inculpé», qui figurent au début de l'art. 11, laisse entendre que l'article peut très bien s'appliquer à des procédures non criminelles. On trouve, à l'appui de cette interprétation, quelques affaires où on a conclu que les droits garantis par l'art. 11 de la *Charte* peuvent être invoqués par ceux qui sont «inculpés» d'une infraction en matière de discipline. Dans *Re Nash and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490 (C. prov. T.-N.), on a soutenu devant le juge Kennedy qu'un comité de discipline interne de la Royal Newfoundland Constabulary contrevient à l'al. 11d) de la *Charte* parce qu'il ne s'agissait pas d'un tribunal indépendant et impartial. En examinant le sens du terme «infraction» à l'al. 11d), le juge Kennedy de la Cour provinciale a dit, à la p. 494:

[TRADUCTION] Le terme «infraction» a une portée assez large pour s'appliquer à toute infraction ou accusation pour laquelle un accusé peut être puni. Le terme «infraction» est suffisamment large pour s'appliquer à toute action intentée contre un membre d'une corporation professionnelle autonome aussi bien qu'aux infractions au code de discipline de certains groupes tels que les agents de police et les membres des forces armées.

On trouve une interprétation tout aussi large du terme «infraction» dans l'arrêt *Re Lazarenko and Law Society of Alberta* (1983), 4 D.L.R. (4th) 389 (B.R. Alb.), à la p. 398 (désapprouvé par la suite par la Cour d'appel de l'Alberta dans *Re Fang and College of Physicians & Surgeons of Alberta*, précité). Dans *R. v. B & W Agricultural Services Ltd.* (1982), 3 C.R.R. 354 (C. prov. C.-B.), l'inculpé a été accusé d'une violation de la *Loi sur l'aéronautique* même si son permis avait déjà été suspendu pour une période de trente jours par un comité des transports aériens. Le juge Shupe de la Cour provinciale a fait remarquer que le terme «infraction» à l'art. 11 de la *Charte* a une portée beaucoup plus large que le terme «acte

App. III, granted the accused's request for a stay of proceedings based on s. 11(h) of the *Charter*. There is also some academic support for the broader interpretation of the word "offence" in s. 11. Morris Manning, in *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982* (1983) states at p. 362 that the breach of a law which carries a penalty is a "penal matter" and is thus an "offence". He adds that the absence of the word "criminal" is indicative of the intent of the framers of the *Charter* to have s. 11 apply to more than purely criminal offences. At page 83 in his text on *Legal Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Manual of Issues and Sources* (1982), McDonald J. states:

... "offence" may include ... "offences which may be committed only by persons who are members of certain organizations, such as the Armed Forces and the Royal Canadian Mounted Police ... The word "offence", which signifies "a breach of law" or "an infraction of law", may be so broad as to include conduct which constitutes a ground upon which, by statute, a professional body may impose discipline upon its members, by disqualification, suspension or a fine.

It is my view that the narrower interpretation of s. 11 favoured by the majority of the authorities referred to above is in fact the proper interpretation of the section. 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. A number of factors impel me to this conclusion.

I turn first to the text of s. 11. The Ontario Court of Appeal in *Trumbley and Pugh v. Metropolitan Toronto Police (sub nom. Re Trumbley and Fleming)* (1986), 55 O.R. (2d) 570, in concluding that s. 11 is concerned with only criminal or penal matters, properly observed that "the clear

criminel» que l'on trouve à l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, et a fait droit à la demande de suspension d'instance de l'accusé fondée sur l'al. 11h) de la *Charte*. Certains auteurs de doctrine appuient également l'interprétation plus large du terme «infraction» à l'art. 11. Morris Manning, dans *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982* (1983), écrit à la p. 362 que la violation d'une loi qui entraîne une peine est une [TRADUCTION] «affaire pénale» et est donc une «infraction». Il ajoute que l'absence du terme «criminel» indique que les rédacteurs de la *Charte* avaient l'intention d'appliquer l'art. 11 aux infractions qui sont plus que purement criminelles. À la page 83 de son texte *Legal Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Manual of Issues and Sources* (1982), le juge McDonald écrit:

[TRADUCTION] ... «infraction» peut comprendre [...] «des infractions qui ne peuvent être commises que par les personnes qui sont membres de certains organismes comme les Forces armées et la Gendarmerie royale du Canada [...] Le terme «infraction» qui signifie «une violation de la loi» ou «une infraction à la loi» peut être suffisamment large pour comprendre la conduite qui constitue un motif qui, en vertu de la loi, justifie une corporation professionnelle d'imposer à ses membres une mesure disciplinaire consistant en une disqualification, une suspension ou une amende.

À mon avis, l'interprétation plus restrictive de l'art. 11, préconisée par la majorité des auteurs mentionnés précédemment, est en fait la bonne façon d'interpréter cet article. 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. Un certain nombre de facteurs m'amènent à cette conclusion.

J'examine d'abord le texte de l'art. 11. En concluant, dans l'arrêt *Trumbley and Pugh v. Metropolitan Toronto Police (sub nom. Re Trumbley and Fleming)* (1986), 55 O.R. (2d) 570, que l'art. 11 ne vise que les matières criminelles ou pénales, la Cour d'appel de l'Ontario a fait remarquer à

impression created by s. 11, read as a whole, is that it is intended to provide procedural safeguards relating to the criminal law process". Section 11 contains terms which are classically associated with criminal proceedings: "tried", "presumed innocent until proven guilty", "reasonable bail", "punishment for the offence", "acquitted of the offence" and "found guilty of the offence". Indeed, some of the rights guaranteed in s. 11 would seem to have no meaning outside the criminal or quasi-criminal context. As Hugessen A.C.J.S.C. stated in *Belhumeur v. Discipline Committee of Quebec Bar Association*, *supra*, at p. 281, s. 11 [TRANSLATION] "is directed exclusively at procedure in criminal and penal matters". This same observation was made by Stevenson J.A. in *Re Barry and Alberta Securities Commission* (1986), 25 D.L.R. (4th) 730 (Alta. C.A.), at p. 734, and by Monnin C.J. in *Re Law Society of Manitoba and Savino*, *supra*, at p. 292.

The Ontario Court of Appeal in *Trumbley* noted that the legislative history of the section indicates that it was not intended to be restricted solely to criminal law but was meant to extend to "penal proceedings" as well. Section 2(f) of the *Canadian Bill of Rights* reads as follows:

2. No law of Canada . . . shall be construed or applied so as to

(f) deprive a person charged with a criminal offence of the right to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, or of the right to reasonable bail without just cause; . . . [Emphasis added.]

Section 2(f) differs from s. 11 of the *Charter* in that it refers to a "criminal offence" whereas the *Charter* refers only to an "offence". As already mentioned, some authorities see this difference as intended to give s. 11 a broader application than mere "criminal offences": see *R. v. B & W Agricultural Services Ltd.*, *supra*; Morris Man-

bon droit que [TRADUCTION] «la nette impression qui se dégage de l'art. 11, pris dans son ensemble, est qu'il est destiné à offrir des garanties en matière de procédure relativement au processus du droit criminel». L'article 11 contient des termes habituellement associés aux procédures criminelles: «jugé», «préssumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable», «cautionnement raisonnable», «peine [...] prévue pour l'infraction», «acquitté [...] [d']une infraction» et «infraction dont il est déclaré coupable». En fait, certains des droits que garantit l'art. 11 sembleraient n'avoir aucune signification hors du contexte criminel ou quasi criminel. Comme le juge en chef adjoint Hugessen de la Cour supérieure l'a dit dans *Belhumeur v. Discipline Committee of Quebec Bar Association*, précité, à la p. 281, l'art. 11 «s'adresse exclusivement à la procédure en matières criminelles et pénales». Le juge Stevenson a fait la même observation dans *Re Barry and Alberta Securities Commission* (1986), 25 D.L.R. (4th) 730 (C.A. Alb.), à la p. 734, ainsi que le juge en chef Monnin dans *Re Law Society of Manitoba and Savino*, précité, à la p. 292.

La Cour d'appel de l'Ontario a souligné dans l'arrêt *Trumbley* que l'historique législatif de l'article indique qu'il n'était pas destiné à être limité uniquement au droit criminel mais devait s'étendre également aux «procédures pénales». Voici le texte de l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*:

2. . . . nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

f) privant une personne accusée d'un acte criminel du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie en conformité de la loi, après une audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé, ou la privant sans juste cause du droit à un cautionnement raisonnable; [Je souligne.]

L'alinéa 2f) est différent de l'art. 11 de la *Charte* du fait qu'il mentionne un «acte criminel» alors que la *Charte* ne parle que d'une «infraction». Comme je l'ai déjà mentionné, dans certaines décisions et certains ouvrages de doctrine, on s'est dit d'avis que cette différence est destinée à donner à l'art. 11 une application plus générale qu'aux simples

ning, *Rights, Freedoms and the Courts*, *supra*. But this leaves open the issue of how much broader the application of s. 11 should be. One possible inference is that the word "criminal" was deleted in order to ensure that s. 11 would also be applicable to summary conviction and provincial offence prosecutions under quasi-criminal public welfare statutes. The *Canadian Bill of Rights* was a federal statute which had no application to prosecutions of provincial offences created pursuant to s. 92(15) of the *Constitution Act, 1867*. I would agree with the conclusion of Toy J. in *R. v. Mingo*, *supra*, at p. 36:

In my respectful view, the authors of the new Charter, when they employed the unqualified word "offence" as opposed to "criminal offence", were doing nothing more than providing for the equal protection of Canadian citizens from breaches of their rights under provincial as well as federal laws in so far as public as opposed to private or domestic prohibitions were concerned.

The same view was expressed by Monnin C.J.M. in *Re Law Society of Manitoba and Savino*, *supra*, at p. 292:

Section 11 speaks of a person charged with an offence; its nine subsections deal with criminal matters . . . .

Its main purpose is matters dealing with criminal offences . . . .

Section 11 certainly was primarily meant to cover crimes or quasi-crimes whether under federal or provincial legislation.

The marginal note to s. 11 seems to support this interpretation of the section. It reads "Proceedings in criminal and penal matters". The Attorney General for Ontario and the respondent submitted, however, that the Court ought not to place any emphasis on the marginal note to s. 11 in interpreting the section. There is no doubt that the traditional view was that marginal notes could not be used as aids to interpretation as they formed no part of the Act which was passed by Parliament: see E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 133; P. B. Maxwell, *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at

«actes criminels»: voir *R. v. B & W Agricultural Services Ltd.*, précité; Morris Manning, *Rights, Freedoms and the Courts*, précité. Toutefois, cela ne répond pas à la question de savoir dans quelle mesure l'application de l'art. 11 devrait être plus générale. On peut déduire que le terme «criminel» a été retranché pour assurer que l'art. 11 s'appliquerait également aux poursuites sommaires et aux poursuites relatives à des infractions provinciales fondées sur des lois quasi criminelles touchant au bien-être public. La *Déclaration canadienne des droits* était une loi fédérale qui ne s'appliquait pas aux poursuites relatives à des infractions provinciales créées en application du par. 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je fais mienne la conclusion du juge Toy dans la décision *R. v. Mingo*, précitée, à la p. 36:

[TRADUCTION] À mon avis, les auteurs de la nouvelle Charte lorsqu'ils ont utilisé le terme «infraction» sans qualificatif par opposition à «acte criminel» n'ont rien fait d'autre que d'offrir une protection égale aux citoyens canadiens contre la violation des droits que leur confèrent les lois provinciales et fédérales, dans la mesure où des interdictions publiques sont visées par opposition aux interdictions privées ou internes.

Le juge en chef Monnin du Manitoba a exprimé la même opinion dans l'arrêt *Re Law Society of Manitoba and Savino*, précité, à la p. 292:

[TRADUCTION] L'article 11 parle d'un inculpé; ses neuf alinéas portent sur des matières criminelles . . .

Il vise principalement des questions relatives à des infractions criminelles . . .

De toute évidence, l'art. 11 était principalement destiné à s'appliquer aux crimes ou quasi-crimes visés par la législation fédérale ou provinciale.

La note marginale de l'art. 11 semble appuyer cette interprétation de l'article. En voici le texte: «Affaires criminelles et pénales». Toutefois, le procureur général de l'Ontario et l'intimée ont soutenu que la Cour ne devait pas accorder d'importance à la note marginale de l'art. 11 pour interpréter l'article. Il ne fait pas de doute que, selon le point de vue traditionnel, les notes marginales ne pouvaient être utilisées pour aider à l'interprétation, car elles ne font nullement partie de la loi qui a été adoptée par le législateur: voir E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), à la p. 133; P. B. Maxwell, *Maxwell on the*

p. 10; W. F. Craies, *Craies on Statute Law* (7th ed. 1971), at p. 195. But reference to marginal notes has been made in some English authorities: see, for example, *Eastern Counties and London and Blackwall Railway Cos. v. Marriage* (1860), 9 H.L. Cas. 31, at p. 41; *Sheffield Waterworks Co. v. Bennett* (1872), L.R. 7 Ex. 409, at p. 421; *Stephens v. Cuckfield Rural District Council*, [1960] 2 All E.R. 716 (C.A.), at p. 720. And this Court has used statutory headings to assist in interpreting sections of the *Charter*: see *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357. In that case, Estey J., writing for a unanimous Court, held that the headings were deliberately included as part of the *Charter* and formed part of the resolution which Parliament debated. At pages 376-77 he stated:

It is clear that these headings were systematically and deliberately included as an integral part of the *Charter* for whatever purpose. At the very minimum, the Court must take them into consideration when engaged in the process of discerning the meaning and application of the provisions of the *Charter*. The extent of the influence of a heading in this process will depend upon many factors including (but the list is not intended to be all-embracing) the degree of difficulty by reason of ambiguity or obscurity in construing the section; the length and complexity of the provision; the apparent homogeneity of the provision appearing under the heading; the use of generic terminology in the heading; the presence or absence of a system of headings which appear to segregate the component elements of the *Charter*; and the relationship of the terminology employed in the heading to the substance of the headlined provision.

... I conclude that an attempt must be made to bring about a reconciliation of the heading with the section introduced by it. If, however, it becomes apparent that the section when read as a whole is clear and without ambiguity, the heading will not operate to change that clear and unambiguous meaning. Even in that midway position, a court should not, by the adoption of a technical rule of construction, shut itself off from whatever small assistance might be gathered from an examination of the heading as part of the entire constitutional document.

*Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), à la p. 10; W. F. Craies, *Craies on Statute Law* (7th ed. 1971), à la p. 195. Toutefois, dans certains arrêts anglais, on s'est référé à des notes marginales: voir, par exemple, *Eastern Counties and London and Blackwall Railway Cos. v. Marriage* (1860), 9 H.L. Cas. 31, à la p. 41, *Sheffield Waterworks Co. v. Bennett* (1872), L.R. 7 Ex. 409, à la p. 421, *Stephens v. Cuckfield Rural District Council*, [1960] 2 All E.R. 716 (C.A.), à la p. 720. De même, cette Cour s'est servie des rubriques de lois pour interpréter des articles de la *Charte*: voir *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357. Dans cet arrêt, le juge Estey, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, a conclu que les rubriques ont été délibérément ajoutées de manière à faire partie intégrante de la *Charte* et faisaient partie de la résolution qui a été débattue devant le Parlement. Il affirme, aux pp. 376 et 377:

Il est manifeste que, quel qu'en soit le but, ces rubriques ont été ajoutées de façon systématique et délibérée de manière à faire partie intégrante de la *Charte*. La Cour doit, à tout le moins, en tenir compte pour déterminer le sens et l'application des dispositions de la *Charte*. L'influence qu'aura une rubrique sur ce processus dépendra de plusieurs facteurs dont (sans que cette énumération se veuille exhaustive) la difficulté d'interpréter l'article à cause de son ambiguïté ou de son obscurité, la longueur et la complexité de la disposition, l'homogénéité apparente de la disposition qui suit la rubrique, l'emploi de termes génériques dans la rubrique, la présence ou l'absence d'un ensemble de rubriques qui semblent séparer les divers éléments de la *Charte* et le rapport qui existe entre la terminologie employée dans la rubrique et le contenu de la disposition qui la suit.

h

... je conclus qu'il faut tenter de concilier la rubrique avec l'article qu'elle précède. Si toutefois il devient évident que, dans l'ensemble, l'article est clair et ne comporte pas d'ambiguïté, la rubrique n'aura pas pour effet de modifier ce sens clair et précis. Même dans cette situation intermédiaire, une cour ne doit pas, en adoptant une règle formaliste d'interprétation, se priver de l'avantage qu'elle peut tirer, si mince soit-il, de l'analyse de la rubrique en tant que partie de l'ensemble du document constitutionnel.



It must be acknowledged, however, that marginal notes, unlike statutory headings, are not an integral part of the *Charter*: see *Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1986] 1 S.C.R. 678, at p. 682. The case for their utilization as aids to statutory interpretation is accordingly weaker. I believe, however, that the distinction can be adequately recognized by the degree of weight attached to them. I find some support in the marginal note therefore for the proposition that the opening words of s. 11 "charged with an offence" restrict the application of the section to criminal or quasi-criminal proceedings and proceedings giving rise to penal consequences.

Another factor which leads me to adopt a somewhat narrow definition of the opening words of s. 11 is a concern for the future coherent development of the section if it is made applicable to a wide variety of proceedings. Unless the section is restricted to criminal or penal matters there may be serious difficulty in giving the section a reasonably consistent application. The particular content of the various rights set out in s. 11 may well vary according to the type of proceeding if a broader definition is given to the opening words of the section. It is beyond question that those rights are accorded to those charged with criminal offences, to those who face the prosecutorial power of the State and who may well suffer a deprivation of liberty as a result of the exercise of that power. The content of those rights ought not to suffer from a lack of predictability or a lack of clarity because of a universal application of the section. As is obvious from a study of the various rights enumerated in the section, they are crucial fundamental rights whose meaning ought to be made crystal clear to the authorities who prosecute the offences falling within the section. For this reason it is, in my view, preferable to restrict s. 11 to the most serious offences known to our law, i.e., criminal and penal matters and to leave other "offences" subject to the more flexible criteria of "fundamental justice" in s. 7.

Cependant, il faut reconnaître que les notes marginales, contrairement aux rubriques des lois, ne font pas partie intégrante de la *Charte*: voir *Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada*, [1986] 1 R.C.S. 678, à la p. 682. La preuve selon laquelle elles peuvent être utilisées pour aider à l'interprétation des lois, est en conséquence plus faible. Je crois toutefois que cette distinction peut être suffisamment reconnue par l'importance qu'on leur attache. Par conséquent, je considère que la note marginale appuie dans une certaine mesure la thèse portant que le terme «inculpé» qui se trouve dans la disposition liminaire de l'art. 11 a pour effet de limiter l'application de l'article aux procédures criminelles ou quasi criminelles et aux procédures qui entraînent des conséquences pénales.

Un autre facteur qui m'incite à adopter une définition quelque peu restreinte de la disposition liminaire de l'art. 11 est le souci d'avoir à l'avenir une élaboration cohérente de l'article s'il est rendu applicable à un grand nombre de procédures. À moins que la portée de l'article ne soit restreinte aux affaires criminelles ou pénales, il peut se révéler très difficile de l'appliquer d'une manière raisonnablement uniforme. Le contenu particulier des divers droits énoncés à l'art. 11 peut très bien varier selon le genre de procédure si l'on donne une définition plus large à la disposition liminaire de l'article. Il est certain que ces droits sont accordés à ceux qui sont accusés d'infractions criminelles, à ceux qui doivent faire face au pouvoir de poursuite de l'État et qui peuvent très bien subir une privation de liberté par suite de l'exercice de ce pouvoir. Le contenu de ces droits ne devrait pas connaître un manque de prévisibilité ou de clarté en raison d'une application universelle de l'article. Il ressort clairement d'une étude des divers droits énumérés à l'article, qu'il s'agit de droits fondamentaux très importants dont le sens doit être clair comme de l'eau de roche pour ceux qui engagent des poursuites relatives aux infractions qui relèvent de cet article. J'estime, pour ce motif, qu'il est préférable de restreindre l'art. 11 aux plus graves infractions que nous connaissons dans notre droit, c.-à-d. les affaires criminelles et pénales, et de laisser les autres «infractions» relever du critère plus souple de la «justice fondamentale» énoncé à l'art. 7.

While it is easy to state that those involved in a criminal or penal matter are to enjoy the rights guaranteed by s. 11, it is difficult to formulate a precise test to be applied in determining whether specific proceedings are proceedings in respect of a criminal or penal matter so as to fall within the ambit of the section. The phrase "criminal and penal matters" which appears in the marginal note would seem to suggest that a matter could fall within s. 11 either because by its very nature it is a criminal proceeding or because a conviction in respect of the offence may lead to a true penal consequence. I believe that a matter could fall within s. 11 under either branch.

There are many examples of offences which are criminal in nature but which carry relatively minor consequences following conviction. Proceedings in respect of these offences would nevertheless be subject to the protections of s. 11 of the *Charter*. It cannot be seriously contended that, just because a minor traffic offence leads to a very slight consequence, perhaps only a small fine, that offence does not fall within s. 11. It is a criminal or quasi-criminal proceeding. It is the sort of offence which by its very nature must fall within s. 11. I would agree, therefore, with the comments made by Linden J. in *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193 (H.C.) In that case, the accused claimed the benefit of s. 11 following the alleged commission of a parking offence. At page 205 Linden J. said:

This provision of the Charter is available only to persons charged with an offence. On my reading of the by-laws and the legislation, the applicant is such a person, having been charged with offences when the summonses were issued against her.

There can be no question that parking infractions are "offences" as that word is used in s. 11 of the Charter. The respondents contend that these are not the types of transgressions against society s. 11 of the Charter is directed at, since there is virtually no stigma attached to

Bien qu'il soit facile de dire que ceux qui sont impliqués dans une affaire criminelle ou pénale doivent jouir des droits que garantit l'art. 11, il est difficile de formuler un critère précis qui doit être appliqué pour déterminer si des procédures précises ont trait à une affaire criminelle ou pénale de manière à relever de l'article. La note marginale «affaires criminelles et pénales» semblerait laisser entendre qu'une affaire pourrait relever de l'art. 11 soit parce que, de par sa nature même, il s'agit d'une procédure criminelle, soit parce qu'une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction est susceptible d'entraîner une véritable conséquence pénale. Je crois qu'une affaire pourrait relever de l'art. 11 dans les deux cas.

Il y a de nombreux exemples d'infractions qui sont de nature criminelle mais qui entraînent des conséquences relativement mineures par suite d'une déclaration de culpabilité. Les procédures relatives à ces infractions seraient néanmoins assujetties à la protection de l'art. 11 de la *Charte*. On ne peut sérieusement soutenir que du seul fait qu'une infraction mineure en matière de circulation entraîne une conséquence très négligeable, voire une légère amende seulement, cette infraction ne relève pas de l'art. 11. Il s'agit d'une procédure criminelle ou quasi criminelle. C'est le genre d'infraction qui, de par sa nature même, doit relever de l'art. 11. Par conséquent, je suis d'accord avec les observations du juge Linden dans *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193 (H.C.) Dans cette affaire, l'accusée a réclamé l'application de l'art. 11 par suite d'une prétendue infraction en matière de stationnement. À la page 205, le juge Linden a dit:

[TRADUCTION] Seuls les inculpés peuvent invoquer cette disposition de la Charte. Selon mon interprétation du règlement et de la loi en question, la requérante est une telle personne, ayant été accusée d'avoir commis des infractions lorsque les sommations ont été délivrées contre elle.

Il est incontestable que les infractions de stationnement sont des «infractions» au sens de l'art. 11 de la Charte. Les intimés soutiennent que l'art. 11 de la Charte ne vise pas ce genre de fautes contre la société puisqu'un billet de stationnement ne laisse pratiquement

a parking ticket. In my view, however, the degree of stigma is of no significance.

In my view, if a particular matter is of a public nature, intended to promote public order and welfare within a public sphere of activity, then that matter is the kind of matter which falls within s. 11. It falls within the section because of the kind of matter it is. This is to be distinguished from private, domestic or disciplinary matters which are regulatory, protective or corrective and which are primarily intended to maintain discipline, professional integrity and professional standards or to regulate conduct within a limited private sphere of activity: see, for example, *Re Law Society of Manitoba and Savino, supra*, at p. 292, *Re Malartic Hygrade Gold Mines (Canada) Ltd. and Ontario Securities Commission* (1986), 54 O.R. (2d) 544 (H.C.), at p. 549, and *Re Barry and Alberta Securities Commission, supra*, at p. 736, *per Stevenson J.A.* There is also a fundamental distinction between proceedings undertaken to promote public order and welfare within a public sphere of activity and proceedings undertaken to determine fitness to obtain or maintain a licence. Where disqualifications are imposed as part of a scheme for regulating an activity in order to protect the public, disqualification proceedings are not the sort of "offence" proceedings to which s. 11 is applicable. Proceedings of an administrative nature instituted for the protection of the public in accordance with the policy of a statute are also not the sort of "offence" proceedings to which s. 11 is applicable. But all prosecutions for criminal offences under the *Criminal Code* and for quasi-criminal offences under provincial legislation are automatically subject to s. 11. They are the very kind of offences to which s. 11 was intended to apply.

This is not to say that if a person is charged with a private, domestic or disciplinary matter which is primarily intended to maintain discipline, integrity or to regulate conduct within a limited private sphere of activity, he or she can never possess the

aucun stigmate. Toutefois, j'estime que la gravité des conséquences n'est pas importante.

À mon avis, si une affaire en particulier est de nature publique et vise à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique, alors cette affaire est du genre de celles qui relèvent de l'art. 11. Elle relève de cet article de par sa nature même. Il faut distinguer cela d'avec les affaires privées, internes ou disciplinaires qui sont de nature réglementaire, protectrice ou corrective et qui sont principalement destinées à maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle ainsi que certaines normes professionnelles, ou à réglementer la conduite dans une sphère d'activité privée et limitée: voir, par exemple, *Re Law Society of Manitoba and Savino*, précité, à la p. 292, *Re Malartic Hygrade Gold Mines (Canada) Ltd. and Ontario Securities Commission* (1986), 54 O.R. (2d) 544 (H.C.), à la p. 549, et *Re Barry and Alberta Securities Commission*, précité, à la p. 736, le juge Stevenson. Il existe également une distinction fondamentale entre les procédures engagées pour promouvoir l'ordre et le bien-être public dans une sphère d'activité publique et les procédures engagées pour déterminer l'aptitude à obtenir ou à conserver un permis. Lorsque les disqualifications sont imposées dans le cadre d'un régime de réglementation d'une activité visant à protéger le public, les procédures de disqualification ne sont pas le genre de procédures relative à une «infraction» auxquelles s'applique l'art. 11. Les procédures de nature administrative engagées pour protéger le public conformément à la politique générale d'une loi ne sont pas non plus le genre de procédures relatives à une «infraction», auxquelles s'applique l'art. 11. Toutefois, toutes les poursuites relatives à des infractions criminelles aux termes du *Code criminel* et à des infractions quasi criminelles que prévoient les lois provinciales sont automatiquement assujetties à l'art. 11. C'est le genre même d'infractions auxquelles l'art. 11 était destiné à s'appliquer.

Cela ne veut pas dire que la personne accusée d'une affaire privée, domestique ou disciplinaire qui est principalement destinée à maintenir la discipline, l'intégrité ou à réglementer une conduite dans une sphère d'activité privée et limitée,

rights guaranteed under s. 11. Some of these matters may well fall within s. 11, not because they are the classic kind of matters intended to fall within the section, but because they involve the imposition of true penal consequences. In my opinion, a true penal consequence which would attract the application of s. 11 is imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within the limited sphere of activity. In "Annotation to *R. v. Wigglesworth*" (1984), 38 C.R. (3d) 388, at p. 389, Professor Stuart states:

... other *punitive* forms of disciplinary measures, such as fines or imprisonment, are indistinguishable from criminal punishment and should surely fall within the protection of s. 11(h).

I would agree with this comment but with two caveats. First, the possibility of a fine may be fully consonant with the maintenance of discipline and order within a limited private sphere of activity and thus may not attract the application of s. 11. It is my view that if a body or an official has an unlimited power to fine, and if it does not afford the rights enumerated under s. 11, it cannot impose fines designed to redress the harm done to society at large. Instead, it is restricted to the power to impose fines in order to achieve the particular private purpose. One *indicium* of the purpose of a particular fine is how the body is to dispose of the fines that it collects. If, as in the case of proceedings under the *Royal Canadian Mounted Police Act*, the fines are not to form part of the Consolidated Revenue Fund but are to be used for the benefit of the Force, it is more likely that the fines are purely an internal or private matter of discipline: *Royal Canadian Mounted Police Act*, s. 45. The second caveat I would raise is that it is difficult to conceive of the possibility of a particular proceeding failing what I have called the "by nature" test but passing what I have called the "true penal consequence" test. I have grave doubts whether any body or official which exists in order to achieve some administrative or private disciplinary purpose can ever imprison an individu-

ne peut jamais posséder les droits que garantit l'art. 11. Certaines de ces affaires peuvent très bien relever de l'art. 11, non pas parce qu'il s'agit du genre d'affaires classiques destinées à relever de l'article, mais parce qu'elles comportent l'imposition de véritables conséquences pénales. À mon avis, une véritable conséquence pénale qui entraînerait l'application de l'art. 11 est l'emprisonnement ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée. Dans «Annotation to *R. v. Wigglesworth*» (1984), 38 C.R. (3d) 388, le professeur Stuart dit à la p. 389:

[TRADUCTION] ... d'autres formes de mesures disciplinaires *punitives*, comme les amendes ou l'emprisonnement, ne peuvent être distinguées des peines en matière criminelle et devraient certainement être assujetties à la protection de l'al. 11h).

Je fais mienne cette observation, mais avec deux mises en garde. D'abord, la possibilité d'imposer une amende peut être tout à fait conforme au maintien de la discipline et de l'ordre dans une sphère d'activité privée et limitée et ainsi ne pas entraîner l'application de l'art. 11. Je suis d'avis que si un organisme ou une personne responsable détient un pouvoir illimité d'imposer des amendes et s'il n'accorde pas les droits énumérés à l'art. 11, il ne peut imposer des amendes destinées à réparer le tort causé à la société en général. Il est plutôt limité au pouvoir d'imposer des amendes pour atteindre un objectif privé en particulier. La manière dont l'organisme doit employer les amendes qu'il perçoit constitue un indice de l'objet d'une amende en particulier. Si, comme dans le cas des procédures prévues dans la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, les amendes doivent être non pas versées dans le Fonds du revenu consolidé, mais plutôt être utilisées dans l'intérêt de la Gendarmerie, il y a plus de chances que les amendes constituent purement une affaire de discipline interne ou privée: art. 45 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*. Ma seconde mise en garde porte qu'il est difficile de concevoir qu'une procédure en particulier ne satisfasse pas au critère dit de la «nature même», mais satisfasse à celui que j'appelle le critère de la «véritable consé-

al. Such a deprivation of liberty seems justified as being in accordance with fundamental justice under s. 7 of the *Charter* only when a public wrong or transgression against society, as opposed to an internal wrong, is committed. However, as this was not argued before us in this appeal I shall assume that it is possible that the “by nature” test can be failed but the “true penal consequence” test passed. Assuming such a situation is possible, it seems to me that in cases where the two tests conflict the “by nature” test must give way to the “true penal consequence” test. If an individual is to be subject to penal consequences such as imprisonment—the most severe deprivation of liberty known to our law—then he or she, in my opinion, should be entitled to the highest procedural protection known to our law.

Before turning to the application of the law to the facts of this case, I want to emphasize that nothing in the above discussion takes away from the possibility that constitutionally guaranteed procedural protections may be available in a particular case under s. 7 of the *Charter* even although s. 11 is not available. The appellant in this case has chosen to base his case solely on s. 11 of the *Charter*. In view of this I make no comment on the applicability of s. 7.

It is clear that the R.C.M.P. Code of Discipline is concerned with the maintenance of discipline and integrity within the Force. It is designed to regulate conduct within a limited private sphere of activity, i.e., conduct relevant to one's position as a member of the R.C.M.P. In considering the offences set out in the *Royal Canadian Mounted Police Act* in *The Queen and Archer v. White*, [1956] S.C.R. 154, Rand J. stated at p. 158:

quence pénale». Je doute fortement qu'un organisme ou une personne responsable qui est chargé d'atteindre un certain but administratif ou en matière de discipline privée puisse jamais imposer une peine d'emprisonnement à un particulier. Une telle privation de liberté ne semble justifiée comme étant conforme au principe de justice fondamentale énoncé à l'art. 7 de la *Charte* que lorsqu'un méfait public ou une faute contre la société ont été commis par opposition à un tort interne. Toutefois, comme ce point n'a pas été soulevé devant nous dans le présent pourvoi, je vais présumer qu'il est possible de ne pas satisfaire au critère de la «nature même», mais de satisfaire à celui de la «véritable conséquence pénale». À supposer que cela soit possible, il me semble que dans les cas où il y a un conflit entre les deux critères, le critère de la «nature même» doit céder devant celui de la «véritable conséquence pénale». Si une personne doit subir des conséquences pénales comme l'emprisonnement, qui constitue la privation de liberté la plus grave dans notre droit, j'estime alors qu'elle doit avoir droit à la meilleure protection qu'offre notre droit en matière de procédure.

Avant d'examiner l'application du droit aux faits de l'espèce, je tiens à souligner que la discussion précédente n'écarte nullement la possibilité que des garanties constitutionnelles en matière de procédure puissent être invoquées dans un cas particulier aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, même si on ne peut se fonder sur l'art. 11. L'appellant en l'espèce a choisi de fonder son argumentation uniquement sur l'art. 11 de la *Charte*. Ainsi, je ne fais aucune observation sur l'applicabilité de l'art. 7.

Il est clair que le Code de discipline de la G.R.C. porte sur le maintien de la discipline et de l'intégrité au sein de la Gendarmerie. Il est conçu pour régler la conduite dans une sphère d'activité limitée et privée, c.-à-d. la conduite relative à la position d'une personne à titre de membre de la G.R.C. En examinant les infractions énoncées dans la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, le juge Rand affirme dans l'arrêt *The Queen and Archer v. White*, [1956] R.C.S. 154, dit à la p. 158:

... the delinquencies in s. 30 [of the *Royal Canadian Mounted Police Act*] are strictly of domestic discipline, that is, the member, by joining the Force, has agreed to enter into a body of special relations, to accept certain duties and responsibilities, to submit to certain restrictions upon his freedom of action and conduct and to certain coercive and punitive measures prescribed for enforcing fulfillment of what he has undertaken. These terms are essential elements of a status voluntarily entered into which affect what, by the general law, are civil rights, that is, action and behaviour which is not forbidden him as a citizen.

At page 168 Abbott J. stated:

The *Royal Canadian Mounted Police Act* and the regulations made thereunder constitute a code of law regulating the recruitment, administration and discipline of the Force.

In *Inkster v. Radey*, [1979] 2 F.C. 457 (C.A.), Le Dain J. stated at p. 459:

The major service offences specified in section 25 of the Act obviously relate to matters of discipline. They are not, generally speaking, offences of the public character punishable under the *Criminal Code* or other statutes of a criminal nature, although they might in some cases give rise to prosecution under the criminal law.

It would therefore seem that the proceedings before the Royal Canadian Mounted Police Service Court fail what I have called the "by nature" test. They are neither criminal proceedings nor quasi-criminal proceedings. They do not appear to be the kind of proceedings which fall within the ambit of s. 11. But it is apparent that an officer charged under the Code of Discipline faces a true penal consequence. He or she may be imprisoned for one year pursuant to s. 36(1) of the *Royal Canadian Mounted Police Act* if he or she is found guilty of a major service offence. As was stated by Joyal J. in *Van Rassel v. Canada*, [1987] 1 F.C. 473, a case which also dealt with a s. 11(h) claim with respect to proceedings for a major service offence under the *Royal Canadian Mounted Police Act*, "The statute as a consequence [of the provision for imprisonment] is as much a penal statute as is the *Criminal Code*" (at p. 484). This would seem, therefore, to be that unusual case

[TRADUCTION] ... les fautes énumérées à l'art. 30 [de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*] concernant strictement la discipline interne, c'est-à-dire que la personne en devenant membre de la Gendarmerie, a accepté de s'intégrer dans un ensemble de rapports spéciaux, d'accepter certaines fonctions et responsabilités, de se soumettre à certaines restrictions à sa liberté d'action et à sa conduite et à certaines mesures coercitives et punitives prescrites pour mettre à exécution ce à quoi elle s'est engagée. Ces modalités constituent les éléments essentiels d'un statut auquel elle a souscrit volontairement et qui touche à ce qui, selon le droit général, constitue les droits civils, c'est-à-dire les actes et les comportements qui ne lui sont pas interdits comme citoyen.

À la page 168, le juge Abbott dit:

[TRADUCTION] La *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* et les règlements adoptés en application de celle-ci constituent un code réglementant le recrutement, l'administration et la discipline de la Gendarmerie.

Dans l'arrêt *Inkster c. Radey*, [1979] 2 C.F. 457 (C.A.), le juge Le Dain affirme, à la p. 459:

Évidemment, les infractions majeures ressortissant au service, spécifiées dans l'article 25 de la Loi, se rapportent à la discipline. De façon générale, il ne s'agit pas d'infractions punissables en vertu du *Code criminel* ou d'autres lois pénales, quoique, dans certains cas elles peuvent donner lieu à des poursuites en vertu du droit pénal.

Par conséquent, il semblerait que les procédures engagées devant le tribunal du service de la Gendarmerie royale du Canada ne satisfont pas à ce que j'ai appelé le critère de la «nature même». Il ne s'agit ni de procédures criminelles ni de procédures quasi criminelles. Elles ne paraissent pas être le genre de procédures qui relèvent de l'art. 11. Il appert cependant qu'un agent accusé aux termes du Code de discipline risque de subir une véritable conséquence pénale. Il est passible d'une peine d'emprisonnement d'un an aux termes du par. 36(1) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, s'il est déclaré coupable d'une infraction majeure ressortissant au service. Comme l'a déclaré le juge Joyal dans *Van Rassel c. Canada*, [1987] 1 C.F. 473, une affaire qui portait également sur une demande fondée sur l'al. 11h) quant à des procédures relatives à une infraction majeure ressortissant au service aux termes de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, «C'est donc [en

where proceedings have failed the “by nature” test but have passed the “true penal consequence” test. As I have indicated above, in a case of conflict the “by nature” test must give way to the “true penal consequence” test. I find, therefore, that s. 11 applies to proceedings in respect of a major service offence before the Royal Canadian Mounted Police Service Court. Is the appellant entitled then to have the prosecution for the alleged criminal assault stayed on the ground that punishment for that offence would result in double punishment of the appellant for the same offence contrary to s. 11(h) of the *Charter*?

This Court in *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480, recently examined the scope of the rule against multiple convictions enunciated in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729. In *Prince* the accused’s single act caused injury to one person and allegedly caused the death of another person. The accused was convicted of causing bodily harm in respect of the injured victim. The Court considered whether she could also be tried for manslaughter in respect of the deceased victim. The Court held that she could be so tried. In its view, although a single act of the accused grounded both charges, there was not sufficient correspondence between the elements of the two offences to sustain the operation of the rule against multiple convictions. The two offences, the Court found, involved distinct elements. In the course of his reasons Dickson C.J. discussed the requirement that there be a sufficient nexus between the offences charged before the rule against multiple convictions is triggered. He said at pp. 494-95:

In my opinion, the weight of authority since *Kienapple* also supports the proposition that there must be

raison de la disposition prévoyant l’emprisonnement] une loi pénale tout comme le *Code criminel* (à la p. 484). Il semblerait donc qu’il s’agit là de l’affaire inhabituelle dans laquelle les procédures n’ont pas satisfait au critère de la «nature même», mais ont satisfait au critère de la «véritable conséquence pénale». Comme je l’ai indiqué précédemment, en cas de conflit, le critère de la «nature même» doit céder devant le critère de la «véritable conséquence pénale». Je conclus donc que l’art. 11 s’applique aux procédures relatives à une infraction majeure ressortissant au service qui se déroulent devant le tribunal du service de la Gendarmerie royale du Canada. L’appelant a-t-il alors droit à la suspension des poursuites relatives aux allégations de voies de fait criminelles pour le motif que la peine encourue relativement à cette infraction ferait en sorte qu’il serait puni de nouveau pour la même infraction contrairement à l’al. 11h) de la *Charte*?

Cette Cour, dans l’arrêt *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480, a récemment examiné la portée de la règle qui interdit les déclarations de culpabilité multiples énoncée dans l’arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729. Dans l’arrêt *Prince*, un seul acte de l’accusée a causé des blessures à une personne et serait à l’origine du décès d’une autre. L’accusée a été reconnue coupable d’avoir causé des lésions corporelles à la première victime. La Cour a examiné la question de savoir si elle pouvait aussi subir un procès pour homicide involontaire coupable dans le cas de la seconde victime. La Cour a conclu qu’elle pouvait subir un tel procès. À son avis, bien que les deux accusations aient été fondées sur un seul acte de l’accusée, il n’y avait pas de correspondance suffisante entre les éléments des deux infractions pour justifier l’application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples. La Cour a conclu que les deux infractions comportaient des éléments distincts. Dans ses motifs, le juge en chef Dickson a examiné l’exigence selon laquelle il devait y avoir un lien suffisant entre les infractions reprochées pour que puisse s’appliquer la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples. Il a dit aux pp. 494 et 495:

À mon avis, la jurisprudence postérieure à l’arrêt *Kienapple* tend nettement à appuyer elle aussi la propo-

sufficient nexus between the offences charged to sustain the rule against multiple convictions. In a unanimous judgment in *McKinney v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 401, delivered orally by Laskin C.J., the Court saw no reason for interfering with a decision of the Manitoba Court of Appeal . . . . McKinney and others were charged and convicted of hunting out of season and hunting at night with lights contrary to ss. 16(1) and 19(1), respectively, of the *Wildlife Act*, R.S.M. 1970, c. W140. Both charges arose out of the same hunting incident. O'Sullivan J.A. for the majority held that the case involved two "delicts". Monnin J.A., dissenting on another issue, said that hunting out of season and hunting with lights were two different "matters", totally separate one from the other and not alternative one to the other. The judges of the Court of Appeal all agreed that *Kienapple* was inapplicable. Thus, notwithstanding there was but a single act of hunting, there were distinct delicts, causes or matters which would sustain separate convictions.

If an accused is guilty of several wrongs, there is no injustice in his or her record conforming to that reality.

In the context of proceedings before disciplinary tribunals there is ample authority for the view that disciplinary offences are separate and distinct from criminal offences for the purpose of the rule against multiple convictions: see *Re Pelissero and Loree* (1982), 140 D.L.R. (3d) 676 (Ont. H.C.); *Re MacDonald and Marriott* (1984), 7 D.L.R. (4th) 697 (B.C.S.C.); *Van Rassel v. Canada*, *supra*; *Re Bridges and Bridges* (Ont. Prov. Ct., *per* Colter Prov. Ct. J., unreported); *R. v. DeBaie* (1983), 60 N.S.R. (2d) 78 (N.S.C.A.), and *R. v. Belliveau* (1984), 55 N.B.R. (2d) 82 (C.A.), at p. 86. In their text on *The Doctrine of Res Judicata* (2nd ed. 1969), Spencer Bower and Turner state at p. 279:

An example is readily found in an inquiry instituted by the disciplinary authority of a professional body, with a view to the expulsion of one against whom conduct infamous in a professional respect is alleged. In such a

sition selon laquelle il doit y avoir entre les infractions reprochées un lien suffisant pour justifier l'application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples. Dans l'arrêt unanime *McKinney c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 401, rendu oralement par le juge en chef Laskin, la Cour n'a vu aucune raison de modifier un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba [. . .] McKinney et d'autres personnes ont été accusés et déclarés coupables d'avoir chassé hors saison et d'avoir chassé la nuit en se servant de projecteurs, contrairement aux par. 16(1) et 19(1), respectivement, de la *Wildlife Act*, R.S.M. 1970, chap. W140. Les deux accusations découlaient du même incident de chasse. Le juge O'Sullivan, au nom de la cour à la majorité, a conclu que l'on était en présence de deux «délits». Le juge Monnin, dissident sur une autre question, a affirmé que la chasse hors saison et la chasse au moyen de projecteurs constituent deux «choses» différentes, tout à fait distinctes l'une de l'autre, qui ne constituent pas des infractions de remplacement l'une par rapport à l'autre. Les juges de la Cour d'appel ont tous été d'accord pour dire que l'arrêt *Kienapple* ne s'appliquait pas. Ainsi, même s'il n'y avait qu'un seul acte de chasse, il y avait des causes, des choses ou des délits distincts sur lesquels pourraient être fondées des déclarations de culpabilité distinctes.

Si un accusé se rend coupable de plusieurs méfaits, il n'y a rien d'injuste à ce que cette réalité se reflète dans son casier judiciaire.

Dans le contexte des procédures engagées devant les tribunaux disciplinaires, il y a beaucoup de jurisprudence et de doctrine à l'appui de l'opinion selon laquelle les infractions en matière de discipline sont séparées et distinctes des infractions criminelles aux fins de l'application de la règle qui interdit les déclarations de culpabilité multiples: voir *Re Pelissero and Loree* (1982), 140 D.L.R. (3d) 676 (H.C. Ont.), *Re MacDonald and Marriott* (1984), 7 D.L.R. (4th) 697 (C.S.C.-B.), *Van Rassel c. Canada*, précité, *Re Bridges and Bridges* (C. prov. Ont., le juge Colter, inédit), *R. v. DeBaie* (1983), 60 N.S.R. (2d) 78 (C.A.N.-É.), et *R. v. Belliveau* (1984), 55 N.B.R. (2d) 82 (C.A.), à la p. 86. Dans leur ouvrage intitulé *The Doctrine of Res Judicata* (2nd ed. 1969), Spencer Bower et Turner disent à la p. 279:

[TRADUCTION] L'enquête instituée par le comité de discipline d'un corps professionnel en vue d'expulser un membre à qui on reproche une conduite indigne sur le plan professionnel constitue un exemple évident. Dans



case it may be that the conduct alleged is no more and no less than conduct in respect of which the accused person has already been acquitted by a criminal court on a criminal charge. Neither a conviction nor an acquittal before a criminal court on a criminal charge will bar the use of the same conduct before such a tribunal on an application to suspend or expel; for the purpose of the proceeding is not to punish the practitioner for the commission of an offence as such, but to exercise disciplinary power over the members of a profession so as to ensure that their conduct conforms to the standards of the profession.

I would hold that the appellant in this case is not being tried and punished for the same offence. The "offences" are quite different. One is an internal disciplinary matter. The accused has been found guilty of a major service offence and has, therefore, accounted to his profession. The other offence is the criminal offence of assault. The accused must now account to society at large for his conduct. He cannot complain, as a member of a special group of individuals subject to private internal discipline, that he ought not to account to society for his wrongdoing. His conduct has a double aspect as a member of the R.C.M.P. and as a member of the public at large. To borrow from the words of the Chief Justice quoted above, I am of the view that the two offences were "two different 'matters', totally separate one from the other and not alternative one to the other". While there was only one act of assault there were two distinct delicts, causes or matters which would sustain separate convictions. I would respectfully adopt the following passage from the reasons of Cameron J.A. in the court below:

A single act may have more than one aspect, and it may give rise to more than one legal consequence. It may, if it constitutes a breach of the duty a person owes to society, amount to a crime, for which the actor must answer to the public . . . . And that same act may have still another aspect to it: it may also involve a breach of the duties of one's office or calling, in which event the actor must account to his professional peers. For example a doctor who sexually assaults a patient will be liable, at one and the same time, to a criminal conviction at the behest of the state; to a judgment for damages, at

un tel cas, il se peut que la conduite reprochée ne soit ni plus ni moins qu'une conduite dont l'accusé a déjà été acquitté par une cour criminelle suite à une accusation criminelle. Une déclaration de culpabilité ou un acquittement prononcé par une cour criminelle suite à une accusation criminelle n'empêchera pas d'invoquer la même conduite devant une telle cour pour demander la suspension ou l'expulsion; car le but de la procédure n'est pas de punir le praticien en raison de la perpétration d'une infraction comme telle, mais d'exercer un pouvoir disciplinaire sur les membres d'une profession de manière à assurer que leur conduite soit conforme aux normes de la profession.

Je conclus que l'appellant en l'espèce n'est pas jugé ni puni de nouveau pour la même infraction. Les «infractions» sont totalement différentes. L'une porte sur une question de discipline interne. L'accusé a été déclaré coupable d'une infraction majeure ressortissant au service dont il a, par conséquent, rendu compte à sa profession. L'autre infraction est l'infraction criminelle de voies de fait. L'accusé doit maintenant rendre compte de sa conduite à la société en général. Il ne peut se plaindre, comme membre d'un groupe spécial d'individus assujettis à une discipline interne privée, qu'il ne devrait pas être responsable de son méfait envers la société. Sa conduite a un double aspect comme membre de la G.R.C. et comme membre du public en général. Pour reprendre les termes précités du Juge en chef, je suis d'avis que les deux infractions constituent «deux «choses» différentes, tout à fait distinctes l'une de l'autre, qui ne constituent pas des infractions de remplacement l'une par rapport à l'autre.» Bien qu'il n'y ait eu qu'un seul acte de voies de fait, il y a eu deux causes, choses ou délits distincts sur lesquels pourraient être fondées des déclarations de culpabilité distinctes. Avec égards, je fais mien le passage suivant des motifs du juge Cameron de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Il est possible qu'un acte unique comporte plus d'un aspect et entraîne plus d'une conséquence juridique. S'il constitue un manquement à une obligation envers la société, il peut équivaloir à un crime dont l'auteur est responsable envers le public [. . .] Le même acte peut comporter un autre aspect, c'est-à-dire le manquement aux obligations découlant de l'exercice d'une fonction ou d'une profession, auquel cas l'auteur doit s'expliquer devant ses pairs. Ainsi, un médecin qui commet une agression sexuelle contre un patient sera passible à la fois d'une condamnation au criminel à

the instance of the patient, and to an order of discipline on the motion of the governing council of his profession. Similarly a policeman who assaults a prisoner is answerable to the state for his crime; to the victim for damage he caused; and to the police force for discipline.

For these reasons I would dismiss the appeal. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is a prosecution by the Crown for the offence of common assault pursuant to s. 245(1) of the *Criminal Code* of Canada, in relation to an act for which the accused has been previously convicted and fined for an offence of unnecessary violence towards a prisoner contrary to s. 25(1) and Part II of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, in violation of s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If a prosecution by the Crown for the offence of common assault pursuant to s. 245(1) of the *Criminal Code* of Canada in relation to an act for which the accused has been previously convicted and fined for an offence of unnecessary violence towards a prisoner contrary to s. 25(1) and Part II of the *Royal Canadian Mounted Police Act* violates s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the subsequent prosecution by the Crown justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: In view of the answer to question 1 it is not necessary to answer this question.

The following are the reasons delivered by

ESTEY J. (dissenting)—I am in complete agreement with the judgment of Justice Wilson from p. 546 through p. 564 line b-4 of the judgment, particularly the conclusion that where there is a

l'instigation de l'État, d'une poursuite en dommages-intérêts sur les instances du patient, et d'une sanction disciplinaire à la demande du conseil d'administration de sa profession. De même, un agent de police qui agresse un prisonnier est comptable envers l'État pour le crime qu'il a commis, envers la victime pour le préjudice qu'il a causé, et envers le corps policier dont il est membre pour son manquement à la discipline.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Les poursuites pour voies de fait simples intentées par le ministère public, conformément au par. 245(1) du *Code criminel* du Canada, relativement à un acte pour lequel l'accusé s'est déjà vu déclarer coupable et infliger une amende pour s'être conduit d'une manière inutilement violente envers un prisonnier contrairement au par. 25(1) et à la partie II de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, vont-elles à l'encontre de l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. À supposer que les poursuites pour voies de fait simples intentées par le ministère public, conformément au par. 245(1) du *Code criminel* du Canada, relativement à un acte pour lequel l'accusé s'est déjà vu déclarer coupable et infliger une amende pour s'être conduit d'une manière inutilement violente envers un prisonnier contrairement au par. 25(1) et à la partie II de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, aillent à l'encontre de l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les poursuites subséquentes intentées par le ministère public sont-elles justifiées par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Compte tenu de la réponse donnée à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette deuxième question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY (dissident)—Je suis entièrement d'accord avec ce que dit le juge Wilson de la p. 546 à la p. 564 ligne d-2 de ses motifs, et particulièrement avec sa conclusion portant que,

“true penal consequence” it cannot be said as a matter of law that a tribunal with the responsibility of conviction and sentencing is but a disciplinary court administering justice to a professional or other body of specialized persons segregated for this purpose from the general community. Therefore, I agree with Wilson J. when she concludes that s. 11 of the *Charter* applies to a trial conducted pursuant to the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1970, c. R-9, for a “major service offence”.

With much reflection and all due respect I do not follow the line thereafter pursued in the concluding few pages of my colleague’s judgment in this appeal.

The distinguishing feature of the tribunal sitting under the *Royal Canadian Mounted Police Act* is that this tribunal was equipped by Parliament to apply, following the registration of a conviction, a scale of punishment ranging from a reprimand through a fine up to \$500 to an ultimate penalty of one-year imprisonment. The statute in addition (s. 38) empowers the convicting officer of the accused to recommend his removal from the Force upon conviction. It can hardly be said, given the power under the *Royal Canadian Mounted Police Act* to couple a one-year imprisonment sentence with a virtually inevitable dismissal from the Force upon conviction, that Parliament intended that the scale of punishment would reflect only the internal disciplinary interest of the R.C.M.P. and not the larger community interest in the suppression of the crime of assault wherever committed.

It is not irrelevant to note that Parliament when enacting the *Criminal Code* did anticipate the existence of a body outside the traditional courts administering criminal law in or outside the *Criminal Code* when it enacted s. 11 of the *Code*:

11. Where an act or omission is an offence under more than one Act of the Parliament of Canada, whether punishable by indictment or on summary conviction, a person who does the act or makes the omission is,

lorsqu’il y a une “véritable conséquence pénale”, on ne peut pas dire, en droit, qu’un tribunal à qui il revient de prononcer une déclaration de culpabilité et de déterminer une peine n’est qu’une cour disciplinaire qui administre la justice relativement à un organisme professionnel ou à un autre groupement de spécialistes séparés à cette fin du reste de la société. C’est pourquoi je partage l’avis du juge Wilson lorsqu’elle conclut que l’art. 11 de la *Charte* s’applique à un procès tenu, conformément à la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, chap. R-9, relativement à une “infraction majeure ressortissant au service”.

Après mûre réflexion et en toute déférence, je m’écarte du raisonnement qu’adopte ensuite ma collègue dans les dernières pages de ses motifs.

La caractéristique distinctive du tribunal qui siège en vertu de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* est que ce tribunal s’est vu conférer par le législateur le pouvoir d’imposer, suite à l’inscription d’une déclaration de culpabilité, diverses peines pouvant aller de la réprimande, en passant par une amende d’au plus 500 \$, jusqu’à la peine ultime d’un an d’emprisonnement. De plus, la Loi, à l’art. 38, habilite l’officier qui déclare l’accusé coupable à recommander sa destitution de la Gendarmerie. Il est difficile d’affirmer, devant le pouvoir de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* conjuguer une peine d’un an d’emprisonnement à un renvoi quasi inévitable de la Gendarmerie en cas de déclaration de culpabilité, que le législateur a voulu que le barème des peines ne reflète que l’intérêt qu’a la G.R.C. dans la discipline interne et non l’intérêt plus général de la société à ce que le crime de voies de fait soit réprimé où qu’il soit commis.

Il est utile de souligner que le législateur, en édictant le *Code criminel*, prévoyait l’existence d’un organisme autre que les cours traditionnelles qui appliquent le droit pénal énoncé dans le *Code criminel* ou ailleurs, lorsqu’il a adopté l’art. 11 du *Code*:

11. Lorsqu’un acte ou une omission constitue une infraction visée par plus d’une loi du Parlement du Canada, qu’elle soit punissable par voie d’acte d’accusation ou sur déclaration sommaire de culpabilité, une

unless a contrary intention appears, subject to proceedings under any of those Acts, but is not liable to be punished more than once for the same offence.

The section makes no reference to any particular tribunal but deals entirely with a prohibition against punishment more than once for the same offence. There is no question but that here the one accused committed the single offence of common assault and that he has been convicted and sentenced for that offence in a court established by Parliament for that purpose and is now faced with the like prosecution under another Act of Parliament, the *Criminal Code* and before another court.

In *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480, the Chief Justice, in discussing the principles underlying the rule against multiple convictions, states (at pp. 498-99):

I conclude, therefore, that the requirement of sufficient proximity between offences will only be satisfied if there is no additional and distinguishing element that goes to guilt contained in the offence for which a conviction is sought to be precluded by the *Kienapple* principle.

The facts in *Prince*, *supra*, are quite different from the circumstances in this case. Not only were there two victims of the one stabbing action, but also, the two offences under consideration, viz., causing bodily harm and manslaughter, required proof of different elements. The first required proof of bodily harm and the second required proof of the death of the baby. Clearly there was an insufficient legal nexus to apply the rule against multiple convictions in that case.

This case is completely different. Only one factual assault has occurred for which the appellant has been tried and punished. The potential imposition of a one-year imprisonment pursuant to a "trial" by the tribunal clearly points to this procedure as being in the nature of punishment to

personne qui accomplit l'acte ou fait l'omission devient, à moins que l'intention contraire ne soit manifeste, assujettie aux procédures que prévoit l'une quelconque de ces lois, mais elle n'est pas susceptible d'être punie plus d'une fois pour la même infraction.

L'article ne mentionne aucun tribunal particulier et ne fait qu'interdire de punir plus d'une fois pour la même infraction. Tout ce dont il est question ici est que la seule personne accusée a commis la seule infraction de voies de fait simples, qu'elle a été déclarée coupable de cette infraction et punie par une cour établie à cette fin par le législateur fédéral, et qu'elle fait maintenant face à des poursuites semblables intentées en vertu d'une autre loi du Parlement, savoir le *Code criminel*, et ce, devant une autre cour.

Dans l'arrêt *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480, le Juge en chef affirme ce qui suit, au sujet des principes qui sous-tendent la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples (aux pp. 498 et 499):

Je conclus donc qu'on ne satisfait à l'exigence d'un lien suffisamment étroit entre les infractions que si l'infraction à l'égard de laquelle on tente d'éviter une déclaration de culpabilité en invoquant le principe de l'arrêt *Kienapple* ne comporte pas d'éléments supplémentaires et distinctifs qui touchent à la culpabilité.

Les faits dont il est question dans l'arrêt *Prince*, précité, sont complètement différents des circonstances de l'espèce. Non seulement un seul coup de couteau avait-il fait deux victimes dans cette affaire, mais encore les deux infractions examinées, savoir celle d'avoir causé des lésions corporelles et celle d'homicide involontaire coupable, exigeaient la preuve d'éléments différents. Dans le premier cas, il fallait prouver que des lésions corporelles avaient été causées et, dans le second cas, il fallait prouver le décès du bébé. Manifestement, il n'y avait pas de lien juridique suffisant pour appliquer, dans cette affaire, la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples.

La présente affaire est totalement différente. L'appelant n'a commis qu'un seul acte de voies de fait pour lequel il a été jugé et puni. La possibilité qu'une année d'emprisonnement soit imposée à la suite d'un «procès» devant le tribunal indique clairement que cette procédure participe de l'imposi-

redress a social wrong and not only in the nature of disciplinary proceedings. The possibility of dismissal from the Force pursuant to s. 38 of the statute reinforces this view. With respect, I cannot agree with the view of Wilson J. that the two offences are in any way totally separate from or different from each other.

The test must be the practical one of determining whether the first court upon registering a conviction was performing a task assigned by Parliament which by the scale of punishment available to the tribunal is readily recognizable as a process in which the general public's interest in the administration of criminal law is recognized over and above the limited interest of internal discipline.

For the reasons given above it is my view that this test is met in this case. The subsequent proceeding under s. 245(1) of the *Criminal Code* falls squarely within the prohibition in s. 11(h) of the *Charter* that any person "... finally found guilty and punished for the offence" has the right "... not to be tried or punished for it again". Furthermore, a breach of s. 11(h) rights cannot be justified by any conceivable s. 1 reasonable limits analysis. In any case, the Crown here has made no attempt to do so. The right to be tried and punished only once for an offence cannot, in my view, be fettered or circumscribed by Parliament. I would allow the appeal and answer the first constitutional question "yes", and the second constitutional question "no".

*Appeal dismissed, ESTEY J. dissenting; the first constitutional question should be answered in the negative.*

*Solicitor for the appellant: Gerald N. Allbright, Saskatoon.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

tion d'une peine en vue de remédier à une faute sociale et non pas de procédures disciplinaires. La possibilité d'être renvoyé de la Gendarmerie, conformément à l'art. 38 de la Loi, renforce ce point de vue. En toute déférence, je ne puis partager l'opinion du juge Wilson, portant que les deux infractions sont en tous points totalement séparées et distinctes l'une de l'autre.

*b* Le critère à appliquer doit être le critère pratique consistant à déterminer si, en inscrivant une déclaration de culpabilité, le premier tribunal a rempli une tâche attribuée par le législateur, qui en raison des diverses peines que le tribunal peut imposer est facilement reconnaissable comme étant un processus dans lequel l'intérêt qu'a le public en général dans l'application du droit criminel se voit accorder la préséance sur l'intérêt limité *d* en matière de discipline interne.

Pour les raisons que je viens de donner, je suis d'avis que l'on satisfait à ce critère en l'espèce. La procédure subséquente engagée en vertu du par. 245(1) du *Code criminel* est nettement assujettie à l'interdiction de l'al. 11h) de la *Charte*, qui porte que tout inculpé a le droit «de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni». En outre, je ne puis imaginer aucune analyse des limites raisonnables, fondée sur l'article premier, qui permette de justifier la violation des droits garantis par l'al. 11h). De toute manière, la poursuite n'a pas tenté de le faire en l'espèce. Le droit d'être jugé et puni une seule fois pour la même infraction ne peut être, selon moi, ni entravé ni limité par le législateur. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre par l'affirmative à la première question constitutionnelle, et par la négative à la seconde question constitutionnelle.

*Pourvoi rejeté, le juge ESTEY est dissident; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.*

*Procureur de l'appelant: Gerald N. Allbright, Saskatoon.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Daniel Jacoby, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Daniel Jacoby, Québec.*

**William Burnham** *Appellant (Applicant)*

and

**Chief of Police John W. Ackroyd and Designated Presiding Officer Superintendent Robert P. Lynn** *Respondents (Respondents)*

and

**The Attorney General of Canada** *Intervener*

**The Attorney General for Ontario** *Intervener (Intervener)*

**The Attorney General of Quebec** *Intervener*

**The Attorney General for New Brunswick** *Intervener*

INDEXED AS: BURNHAM V. METROPOLITAN TORONTO POLICE

File No.: 20080.

1987: March 4, 5, 6; 1987: November 19.

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 — Criminal and penal proceedings — Right to an independent and impartial tribunal — Police superintendent conducting hearing of officer charged with major service offences — Whether or not s. 11 of Charter applicable in circumstances — If so, whether or not proceedings inconsistent with s. 11 — If inconsistent, whether or not regulations justifiable under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Regulation 791, R.R.O. 1980, Code of Offences, s. 1(a)(iv), (c)(x).*

Appellant was charged with two major offences under the *Code of Offences* under the *Police Act*. When the proceeding came before the designated presiding officer, appellant's counsel objected that the tribunal was not "independent and impartial" as required by s. 11(d) of the *Charter*. The presiding officer ruled against the objection and the Divisional Court dismissed an application for judicial review that sought an order prohibiting any further proceedings. An appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed. Constitutional questions before the Court queried (1) whether s. 11(d) of the *Charter* applied to police disciplinary proceedings under the *Code of Offences* and if so (2) whether or not the *Code*

**William Burnham** *Appelant (Requérant)*

et

**Le chef de police John W. Ackroyd et le surintendant Robert P. Lynn, officier désigné comme président** *Intimés (Intimés)*

et

**Le procureur général du Canada** *Intervenant*

**Le procureur général de l'Ontario** *Intervenant (Intervenant)*

**Le procureur général du Québec** *Intervenant*

**Le procureur général du Nouveau-Brunswick** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: BURNHAM c. POLICE DE LA COMMUNAUTÉ URBAINE DE TORONTO

N° du greffe: 20080.

1987: 4, 5, 6 mars; 1987: 19 novembre.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Affaires criminelles et pénales — Droit à un tribunal indépendant et impartial — Comparation d'un agent accusé d'infractions majeures ressortissant au service devant le surintendant de la police — L'article 11 de la Charte s'applique-t-il dans les circonstances? — Dans l'affirmative, les procédures sont-elles incompatibles avec l'art. 11? — Dans l'affirmative, l'article premier permet-il de justifier le règlement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Règlement 791, R.R.O. 1980, Code of Offences, art. 1a)(iv), c)(x).*

L'appelant a été accusé de deux infractions majeures aux termes du *Code of Offences* établi en vertu de la *Police Act*. Lorsque l'officier désigné comme président a été saisi de l'affaire, l'avocat de l'appelant s'est opposé en disant que le tribunal n'était pas «indépendant et impartial» comme l'exige l'al. 11d) de la *Charte*. Le président a rejeté cette objection et la Cour divisionnaire a rejeté une demande d'examen judiciaire en vue d'obtenir une ordonnance pour empêcher que d'autres procédures soient engagées. L'appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté. Les questions constitutionnelles devant cette Cour portent sur le fait de savoir (1) si l'al. 11d) de la *Charte* s'applique aux procédures disciplinai-

of *Offences* was inconsistent with the *Charter*, and if inconsistent, whether the regulation was justifiable under s. 1 of the *Charter*.

**Held:** The appeal should be dismissed; the first constitutional question should be answered in the negative.

For the reasons given in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, s. 11 does not apply to police disciplinary proceedings under Regulation 791, R.R.O. 1980. The disciplinary proceedings in this case were neither criminal in nature nor did they involve penal consequences. Unlike *Wigglesworth*, the appellant was not subject to the possibility of imprisonment under the *Police Act*.

#### Cases Cited

**Followed:** *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Trimm v. Durham Regional Police*, [1987] 2 S.C.R. 582; *Trumbley and Pugh v. Metropolitan Toronto Police*, [1987] 2 S.C.R. 577.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(d).  
*Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381.  
Regulation 791, R.R.O. 1980, s. 18(1), *Code of Offences*, s. 1(a)(iv), (c)(x).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 55 O.R. (2d) 570, 29 D.L.R. (4th) 557, 15 O.A.C. 279, dismissing an appeal from a judgment of the Ontario Divisional Court, dismissing an application for judicial review. Appeal dismissed; the first constitutional question should be answered in the negative.

*Barry Chercover and Lewis Gottheil*, for the appellant.

*R. M. Parker, Q.C.*, and *M. S. Watson*, for the respondents.

*Julius Isaac, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Dennis W. Brown, Q.C.*, and *Michael W. Bader*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Yves de Montigny and Françoise Saint-Martin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Grant Garneau*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

res de la police prévues par le *Code of Offences* et dans l'affirmative (2) si le *Code of Offences* est incompatible avec la *Charte* et, dans l'affirmative, si l'article premier de la *Charte* permet de justifier le règlement.

**a Arrêt:** Le pourvoi est rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Pour les motifs donnés dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, l'art. 11 ne s'applique pas aux procédures disciplinaires de la police aux termes du règlement 791, R.R.O. 1980. Les mesures disciplinaires en l'espèce ne sont pas de nature criminelle et ne comportent pas de conséquences pénales. Contrairement à l'arrêt *Wigglesworth*, l'appelant n'est pas susceptible d'être emprisonné aux termes de la *Police Act*.

#### c Jurisprudence

**Arrêts suivis:** *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Trimm c. Police régionale de Durham*, [1987] 2 R.C.S. 582; *Trumbley et Pugh c. Police de la communauté urbaine de Toronto*, [1987] 2 R.C.S. 577.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11d).  
*Police Act*, L.R.O. 1980, chap. 381.  
e Règlement 791, R.R.O. 1980, art. 18(1), *Code of Offences*, art. 1a)(iv), c)(x).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 55 O.R. (2d) 570, 29 D.L.R. (4th) 557, 15 O.A.C. 279, qui a rejeté un appel contre le jugement de la Cour divisionnaire de l'Ontario, qui avait rejeté une demande d'examen judiciaire. Pourvoi rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

**g Barry Chercover et Lewis Gottheil**, pour l'appellant.

**h R. M. Parker, c.r.**, et **M. S. Watson**, pour les intimés.

**i Julius Isaac, c.r.**, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

**j Dennis W. Brown, c.r.**, et **Michael W. Bader**, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

**k Yves de Montigny et Françoise Saint-Martin**, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

**l Grant Garneau**, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.



The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—Constable Burnham at all material times was a member of the Metropolitan Toronto Police Force. He was charged with “discreditable conduct” under the *Police Act* regulation (Reg. 791, R.R.O. 1980) for wilfully or negligently making a false complaint against a member of the police force contrary to s. 1(a)(iv) of the *Code of Offences*. The offence was designated as a major offence. He was also charged with neglect of duty contrary to s. 1(c)(x) of the Code for being absent from duty without leave. This was also designated as a major offence.

The proceeding came before the designated presiding officer, Superintendent Robert Lynn. Counsel for the appellant objected that the tribunal was not “independent and impartial” as required by s. 11(d) of the *Charter*. Superintendent Lynn ruled against him on this objection. The appellant then applied to the Divisional Court for judicial review seeking an order prohibiting the Chief of Police, Superintendent Lynn and the Metropolitan Toronto Board of Commissioners of Police from taking any further proceedings in the matter other than the referral of the matter to a judge under s. 18(1) of Regulation 791, R.R.O. 1980. The Divisional Court dismissed the application “for the reasons given in *Trumbley and Pugh v. Fleming* by this Court on September 7, 1984”.

The appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed: (1986), 55 O.R. (2d) 570. Morden J.A. for the Court examined the wording of s. 11 and noted that it is replete with criminal law terminology. He also examined the legislative history of s. 11, the marginal note to s. 11 and the authorities on the issue. He concluded (at p. 583) that “‘offence’ means an offence which is prosecuted in a criminal or penal proceeding”. At page 589 he stated:

In my view, a *Police Act* discipline proceeding is not a criminal or penal proceeding within the purview of s. 11.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—Pendant la période visée, l’agent Burnham était membre du corps de police de la communauté urbaine de Toronto. Il a été accusé de [TRADUCTION] «conduite déshonorante» en vertu du règlement de la *Police Act* (règl. 791, R.R.O. 1980), pour avoir volontairement ou par négligence déposé une plainte mensongère contre un membre du corps de police, contrairement au sous-al. 1a)(iv) du *Code of Offences*. L’infraction a été qualifiée de majeure. Il a également été accusé de manquement à son devoir pour cause d’absence non autorisée, contrairement au sous-al. 1c)(x) du Code. Cela a également été qualifié d’infraction majeure.

Le surintendant Robert Lynn, l’officier désigné comme président, a été saisi de l’affaire. L’avocat de l’appellant s’est opposé en disant que le tribunal n’était pas «indépendant et impartial» comme l’exige l’al. 11d) de la *Charte*. Le surintendant Lynn a rejeté cette objection. L’appellant a alors demandé à la Cour divisionnaire d’exercer son contrôle judiciaire en vue d’obtenir une ordonnance enjoignant au chef de police, au surintendant Lynn et à la Commission de police de la communauté urbaine de Toronto de se contenter, sans plus, de renvoyer l’affaire devant un juge conformément au par. 18(1) du règlement 791, R.R.O. 1980. La Cour divisionnaire a rejeté la demande [TRADUCTION] «pour les raisons données par cette Cour dans *Trumbley et Pugh c. Fleming*, le 7 septembre 1984».

L’appel à la Cour d’appel de l’Ontario a été rejeté: (1986), 55 O.R. (2d) 570. Le juge Morden a examiné, au nom de la cour, le texte de l’art. 11 et a fait remarquer qu’il était rempli de termes propres au droit criminel. Il a également examiné l’historique législatif de l’art. 11, la note marginale de cet article, ainsi que la jurisprudence et la doctrine sur la question. Il a conclu (à la p. 583) que [TRADUCTION] «le terme «infraction» s’entend d’une infraction qui fait l’objet de poursuites dans une affaire criminelle ou pénale». À la page 589, il a dit:

[TRADUCTION] À mon avis, une procédure disciplinaire aux termes de la *Police Act* ne constitue pas une affaire

The most serious consequence that can befall a police officer in such proceedings is the loss of his or her position and, while I do not minimize the seriousness of this consequence, it is a civil consequence and not punishment of a criminal nature. A police discipline matter is a purely administrative internal process. Its most serious possible consequence makes it analogous to a discipline matter in ordinary employer-employee relationships, even though the procedure governing it is clearly more formal. The basic object of dismissing an employee is not to punish him or her in the usual sense of this word (to deter or reform or, possibly, to exact some form of modern retribution) but rather, to rid the employer of the burden of an employee who has shown that he or she is not fit to remain an employee.

Leave to Appeal was granted by this Court on November 27, 1986.

The following constitutional questions were stated by this Court:

1. Does section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (hereinafter referred to as the "Charter") apply to police disciplinary proceedings under Regulation 791, R.R.O. 1980 made under s. 74(1) of the *Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381 as amended?

2. If section 11(d) of the *Charter* does apply to these proceedings, is Regulation 791, R.R.O. 1980 inconsistent with it, and, if so, can the Regulation be justified under s. 1 of the *Charter*?

The applicable statutory provisions have been set out in the related case of *Trimm v. Durham Regional Police*, [1987] 2 S.C.R. 582. For the reasons given in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, s. 11 does not apply to police disciplinary proceedings under Regulation 791, R.R.O. 1980. The disciplinary proceedings in this case, which are identical to those employed in the related cases of *Trimm v. Durham Regional Police* and *Trumbley and Pugh v. Metropolitan Toronto Police*, [1987] 2 S.C.R. 577, are neither criminal in nature nor do they involve penal consequences. Unlike *Wigglesworth*, the appellant is not subject to the possibility of imprisonment under the *Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381. I would therefore answer the first constitutional question in the negative.

criminelle ou pénale au sens de l'art. 11. Dans de telles instances, la conséquence la plus grave qui peut en découler pour un agent de police est son licenciement et bien que je ne veuille pas en réduire la gravité, il s'agit d'une conséquence civile et non d'une peine de nature criminelle. Une instance disciplinaire de la police constitue un processus interne purement administratif. Sa conséquence possible la plus grave la rend semblable à une instance disciplinaire dans le contexte des rapports ordinaires employeur-employé, même si la procédure qui la régit est nettement plus formelle. L'objet fondamental du congédiement d'un employé n'est pas de le punir au sens habituel de ce terme (pour le dissuader ou le corriger ou peut-être, pour appliquer une certaine forme moderne de châtement), mais plutôt de soulager l'employeur du fardeau que représente l'employé qui a démontré qu'il n'est pas à la hauteur de sa tâche.

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée le 27 novembre 1986.

Voici les questions constitutionnelles qui ont été formulées par la Cour:

1. L'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après appelée la «Charte») s'applique-t-il aux procédures disciplinaires de la police prévues par le règlement 791, R.R.O. 1980, établi en vertu du par. 74(1) de la *Police Act*, R.S.O. 1980, chap. 381 et ses modifications?

2. Si l'alinéa 11d) de la *Charte* s'applique à ces procédures, le règlement 791, R.R.O. 1980, est-il incompatible avec elle et, dans l'affirmative, l'article premier de la *Charte* permet-il de le justifier?

Les dispositions législatives applicables ont été énoncées dans l'arrêt connexe *Trimm c. Police régionale de Durham*, [1987] 2 R.C.S. 582. Pour les raisons données dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, l'art. 11 ne s'applique pas aux procédures disciplinaires de la police prévues par le règlement 791, R.R.O. 1980. Les procédures disciplinaires en l'espèce, qui sont identiques à celles auxquelles on a eu recours dans les arrêts connexes *Trimm c. Police régionale de Durham* et *Trumbley et Pugh c. Police de la communauté urbaine de Toronto*, [1987] 2 R.C.S. 577, ne sont pas de nature criminelle et ne comportent pas de conséquences pénales. Contrairement à la situation dans l'arrêt *Wigglesworth*, l'appellant n'est pas susceptible d'être emprisonné aux termes

Having regard to my answer to question 1 it is unnecessary to consider question 2.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed; the first constitutional question should be answered in the negative.*

*Solicitors for the appellant: MacLean, Chercover, Toronto.*

*Solicitor for the respondents: A. P. G. Joy, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.*

de la *Police Act*, L.R.O. 1980, chap. 381. Par conséquent, je suis d'avis de répondre par la négative à la première question constitutionnelle. Compte tenu de ma réponse à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à la deuxième question.

<sup>a</sup> Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.*

*Procureurs de l'appellant: MacLean, Chercover, Toronto.*

*Procureur des intimés: A. P. G. Joy, Toronto.*

<sup>c</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

<sup>d</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.*

<sup>e</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

**Gordon Trumbley and Rodney Pugh**  
*Appellant (Applicant)*

and

**Robert Fleming, Jack Ackroyd, Jack Marks,**  
**The Metropolitan Toronto Police Force**  
*Respondents (Respondents)*

and

**Metropolitan Toronto Police Association**  
*Intervener (Intervener)*

and

**The Attorney General of Canada** *Intervener*

**The Attorney General for Ontario** *Intervener*  
*(Intervener)*

**The Attorney General of Quebec** *Intervener*

**The Attorney General for New Brunswick**  
*Intervener*

INDEXED AS: TRUMBLEY AND PUGH v. METROPOLITAN  
TORONTO POLICE

File No.: 20081.

1987: March 4, 5, 6; 1987: November 19.

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 — Criminal and penal proceedings — Right to an independent and impartial tribunal — Police superintendent conducting hearing of officer charged with major service offences — Whether or not s. 11 of Charter applicable in circumstances — If so, whether or not proceedings inconsistent with s. 11 — If inconsistent, whether or not regulations justifiable under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Regulation 791, R.R.O. 1980, Code of Offences, s. 1(a)(i).*

Constables Trumbley and Pugh were charged with a major service offence and conduct of hearing was designated to a staff inspector. Application for judicial review, with respect to certain procedural and evidentiary ruling, was made to the Divisional Court and dismissed. The Court held, without deciding the issue of the applicability of s. 11 of the *Charter* to police disciplinary proceedings, that there was no breach of s. 11(d)

**Gordon Trumbley et Rodney Pugh** *Appellant*  
*(Requérant)*

et

**Robert Fleming, Jack Ackroyd, Jack Marks,**  
**la police de la communauté urbaine de**  
**Toronto** *Intimés (Intimés)*

et

**Metropolitan Toronto Police Association**  
*Intervenante (Intervenante)*

et

**Le procureur général du Canada** *Intervenant*

**Le procureur général de l'Ontario** *Intervenant*  
*(Intervenant)*

**Le procureur général du Québec** *Intervenant*

**Le procureur général du Nouveau-Brunswick**  
*Intervenant*

RÉPERTORIÉ: TRUMBLEY ET PUGH c. POLICE DE LA  
COMMUNAUTÉ URBAINE DE TORONTO

N° du greffe: 20081.

1987: 4, 5, 6 mars; 1987: 19 novembre.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Affaires criminelles et pénales — Droit à un tribunal indépendant et impartial — Comparution d'un agent accusé d'infractions majeures ressortissant au service devant le surintendant de la police — L'article 11 de la Charte s'applique-t-il dans les circonstances? — Dans l'affirmative, les procédures sont-elles incompatibles avec l'art. 11? — Dans l'affirmative, l'article premier permet-il de justifier le règlement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Règlement 791, R.R.O. 1980, Code of Offences, art. 1a)(i).*

Les agents Trumbley et Pugh ont été accusés de deux infractions majeures ressortissant au service et l'inspecteur du personnel a été saisi de l'affaire. La Cour divisionnaire a rejeté une demande d'examen judiciaire à l'égard de certaines décisions en matière de procédure et de preuve. Elle a statué, sans trancher la question de l'applicabilité de l'art. 11 de la *Charte* aux procédures disciplinaires de la police, qu'il n'y avait aucune viola-

and that the police disciplinary tribunal did not lack independence and impartiality. The Court of Appeal upheld that decision. The constitutional questions before the Court queried (1) whether s. 11(d) of the *Charter* applied to police disciplinary proceedings under the *Code of Offences* and if so (2) whether or not the *Code of Offences* was inconsistent with the *Charter*, and if inconsistent, whether the regulation was justifiable under s. 1 of the *Charter*.

*Held*: The appeal should be dismissed; the first constitutional question should be answered in the negative.

For the reasons given in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, s. 11 does not apply to police disciplinary proceedings under Regulation 791, R.R.O. 1980. The disciplinary proceedings in this case were neither criminal in nature nor did they involve penal consequences. Unlike *Wigglesworth*, the appellant was not subject to the possibility of imprisonment under the *Police Act*.

#### Cases Cited

**Followed**: *Trimm v. Durham Regional Police*, [1987] 2 S.C.R. 582; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Burnham v. Metropolitan Toronto Police*, [1987] 2 S.C.R. 572.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(d).  
*Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381, s. 74(1).  
Regulation 791, R.R.O. 1980, *Code of Offences*, s. 1(a)(i).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 55 O.R. (2d) 570, 29 D.L.R. (4th) 557, 15 O.A.C. 279, dismissing an appeal from a judgment of the Ontario Divisional Court (1984), 5 O.A.C. 368, dismissing an application for judicial review. Appeal dismissed; the first constitutional question should be answered in the negative.

*E. G. Spong* and *D. A. Quirt*, for the appellant.

*R. M. Parker, Q.C.*, and *M. S. Watson*, for the respondents.

*Julius Isaac, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Dennis W. Brown, Q.C.*, and *Michael W. Bader*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

tion de l'al. 11d) et que le tribunal disciplinaire de la police était indépendant et impartial. La Cour d'appel a confirmé cette décision. Les questions constitutionnelles devant cette Cour portent sur le fait de savoir (1) si l'al. 11d) de la *Charte* s'applique aux procédures disciplinaires de la police prévues par le *Code of Offences* et dans l'affirmative (2) si le *Code of Offences* est incompatible avec la *Charte* et, dans l'affirmative, si l'article premier de la *Charte* permet de justifier le règlement.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Pour les motifs donnés dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, l'art. 11 ne s'applique pas aux procédures disciplinaires de la police aux termes du règlement 791, R.R.O. 1980. Les mesures disciplinaires en l'espèce ne sont pas de nature criminelle et ne comportent pas de conséquences pénales. Contrairement à l'arrêt *Wigglesworth*, l'appelant n'est pas susceptible d'être emprisonné aux termes de la *Police Act*.

#### Jurisprudence

**Arrêts suivis**: *Trimm c. Police régionale de Durham*, [1987] 2 R.C.S. 582; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Burnham c. Police de la communauté urbaine de Toronto*, [1987] 2 R.C.S. 572.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11d).  
*Police Act*, L.R.O. 1980, chap. 381, art. 74(1).  
Règlement 791, R.R.O. 1980, *Code of Offences*, art. 1a)(i).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 55 O.R. (2d) 570, 29 D.L.R. (4th) 557, 15 O.A.C. 279, qui a rejeté un appel contre un jugement de la Cour divisionnaire de l'Ontario (1984), 5 O.A.C. 368, qui avait rejeté une demande d'examen judiciaire. Pourvoi rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

*E. G. Spong* et *D. A. Quirt*, pour l'appelant.

*R. M. Parker, c.r.*, et *M. S. Watson*, pour les intimés.

*Julius Isaac, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Dennis W. Brown, c.r.*, et *Michael W. Bader*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Yves de Montigny and Françoise Saint-Martin*,  
for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Grant Garneau*, for the intervener the Attorney  
General for New Brunswick.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—Constables Trumbley and Pugh were at all material times members of the Metropolitan Toronto Police Force. Each was charged with “discreditable conduct” under s. 1(a)(i) of the *Code of Offences*, Reg. 791, R.R.O. 1980 (Schedule). The particulars include allegations that they had sexual intercourse with a named woman in a “scout car”. The offence was designated as a major offence. John W. Ackroyd, the Chief of Police, designated Superintendent Robert Fleming to hold the hearing. Staff Inspector John Addison was designated by the Chief of Police under s. 13 of the regulation to “have conduct of the hearing”.

The two constables applied to the Divisional Court for judicial review of certain procedural and evidential rulings made by Superintendent Fleming during the hearing. The Divisional Court ruled against the applicants on each of their submissions and dismissed their application. The Court held, without deciding the issue of the applicability of s. 11 to police disciplinary proceedings, that there was no breach of s. 11(d) of the *Charter*. The police disciplinary tribunal did not lack independence and impartiality.

The appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed: (1986), 55 O.R. (2d) 570. Morden J.A. for the Court examined the wording of s. 11 and noted that it is replete with criminal law terminology. He also examined the legislative history of s. 11, the marginal note to s. 11 and the authorities on the issue. He concluded (at p. 583) that “‘offence’ means an offence which is prosecuted in a criminal or penal proceeding”. At page 589, he stated:

In my view, a *Police Act* discipline proceeding is not a criminal or penal proceeding within the purview of s. 11.

*Yves de Montigny et Françoise Saint-Martin*,  
pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Grant Garneau*, pour l'intervenant le procureur  
général du Nouveau-Brunswick.

Version française du jugement de la Cour rendu  
par

LE JUGE WILSON—Pendant la période visée, les agents Trumbley et Pugh étaient membres du corps de police de la communauté urbaine de Toronto. Ils ont tous les deux été accusés de [TRADUCTION] «conduite déshonorante» en vertu du sous-al. 1a)(i) du *Code of Offences*, règl. 791, R.R.O. 1980 (annexe). Selon certains détails de l'affaire, ils auraient eu des relations sexuelles avec une femme dans une «voiture de reconnaissance». L'infraction a été qualifiée de majeure. Le chef de police, John W. Ackroyd, a chargé le surintendant Robert Fleming de tenir une audience. Le chef de police a ensuite chargé John Addison, l'inspecteur du personnel, de [TRADUCTION] «diriger les procédures», conformément à l'art. 13 du règlement.

Les deux agents ont demandé à la Cour divisionnaire d'examiner certaines décisions en matière de procédure et de preuve rendues par le surintendant Fleming au cours de l'audience. La Cour divisionnaire a jugé non recevable chacun des arguments des requérants et a rejeté leur demande. La cour a statué, sans trancher la question de l'applicabilité de l'art. 11 aux procédures disciplinaires de la police, qu'il n'y avait aucune violation de l'al. 11d) de la *Charte*. Le comité de discipline de la police était un tribunal indépendant et impartial.

L'appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté: (1986), 55 O.R. (2d) 570. Le juge Morden a examiné, au nom de la Cour, le texte de l'art. 11 et a fait remarquer qu'il était rempli de termes propres au droit criminel. Il a également examiné l'historique législatif de l'art. 11, la note marginale de cet article, ainsi que la jurisprudence et la doctrine sur la question. Il a conclu (à la p. 583) que [TRADUCTION] «le terme «infraction» s'entend d'une infraction qui fait l'objet de poursuites dans une affaire criminelle ou pénale». À la page 589, il a dit:

[TRADUCTION] À mon avis, une procédure disciplinaire aux termes de la *Police Act* ne constitue pas une

The most serious consequence that can befall a police officer in such proceedings is the loss of his or her position and, while I do not minimize the seriousness of this consequence, it is a civil consequence and not punishment of a criminal nature. A police discipline matter is a purely administrative internal process. Its most serious possible consequence makes it analogous to a discipline matter in ordinary employer-employee relationships, even though the procedure governing it is clearly more formal. The basic object of dismissing an employee is not to punish him or her in the usual sense of this word (to deter or reform or, possibly, to exact some form of modern retribution) but rather, to rid the employer of the burden of an employee who has shown that he or she is not fit to remain an employee.

Leave to Appeal was granted by this Court on November 27, 1986.

The following constitutional questions were stated by this Court:

1. Does section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (hereinafter referred to as the "Charter") apply to police disciplinary proceedings under Regulation 791, R.R.O. 1980 made under s. 74(1) of the *Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381 as amended?

2. If section 11(d) of the *Charter* does apply to these proceedings, is Regulation 791, R.R.O. 1980 inconsistent with it, and, if so, can the Regulation be justified under s. 1 of the *Charter*?

The applicable statutory provisions have been set out in the related case of *Trimm v. Durham Regional Police*, [1987] 2 S.C.R. 582. For the reasons given in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, s. 11 does not apply to police disciplinary proceedings under Regulation 791, R.R.O. 1980. The disciplinary proceedings in this case, which are identical to those employed in the related cases of *Trimm v. Durham Regional Police* and *Burnham v. Metropolitan Toronto Police*, [1987] 2 S.C.R. 572, are neither criminal in nature nor do they involve penal consequences. Unlike *Wigglesworth*, the appellant is not subject to the possibility of imprisonment under the *Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381. I would therefore answer the first constitutional question in the negative. Having

affaire criminelle ou pénale au sens de l'art. 11. Dans de telles instances, la conséquence la plus grave qui peut en découler pour un agent de police est son licenciement et bien que je ne veuille pas en réduire la gravité, il s'agit d'une conséquence civile et non d'une peine de nature criminelle. Une instance disciplinaire de la police constitue un processus interne purement administratif. Sa conséquence possible la plus grave la rend semblable à une instance disciplinaire dans le contexte des rapports ordinaires employeur-employé, même si la procédure qui la régit est nettement plus formelle. L'objet fondamental du congédiement d'un employé n'est pas de le punir au sens habituel de ce terme (pour le dissuader ou le corriger ou peut-être, pour appliquer une certaine forme moderne de châtement), mais plutôt de soulager l'employeur du fardeau que représente l'employé qui a démontré qu'il n'est pas à la hauteur de sa tâche.

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée le 27 novembre 1986.

Voici les questions constitutionnelles qui ont été formulées par la Cour:

1. L'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après appelée la «*Charte*») s'applique-t-il aux procédures disciplinaires de la police prévues par le règlement 791, R.R.O. 1980, établi en vertu du par. 74(1) de la *Police Act*, L.R.O. 1980, chap. 381 et ses modifications?

2. Si l'alinéa 11d) de la *Charte* s'applique à ces procédures, le règlement 791, R.R.O. 1980, est-il incompatible avec elle et, dans l'affirmative, l'article premier de la *Charte* permet-il de le justifier?

Les dispositions législatives applicables ont été énoncées dans l'arrêt connexe *Trimm c. Police régionale de Durham*, [1987] 2 R.C.S. 582. Pour les raisons données dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, l'art. 11 ne s'applique pas aux procédures disciplinaires de la police prévues par le règlement 791, R.R.O. 1980. Les procédures disciplinaires en l'espèce, qui sont identiques à celles auxquelles on a eu recours dans les arrêts connexes *Trimm c. Police régionale de Durham* et *Burnham c. Police de la communauté urbaine de Toronto*, [1987] 2 R.C.S. 572, ne sont pas de nature criminelle et ne comportent pas de conséquences pénales. Contrairement à la situation dans l'arrêt *Wigglesworth*, l'appelant n'est pas susceptible d'être emprisonné aux termes de la *Police*

regard to my answer to question 1 it is unnecessary to consider question 2.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed; the first constitutional question should be answered in the negative.*

*Solicitors for the appellant Rodney Pugh: Mills & Mills, Toronto.*

*Solicitor for the respondents: George H. Rust-D'Eye, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton*

*Act, L.R.O. 1980, chap. 381. Par conséquent, je suis d'avis de répondre par la négative à la première question constitutionnelle. Compte tenu de ma réponse à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à la deuxième question.*

<sup>a</sup> Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.*

<sup>b</sup> *Procureurs de l'appelant Rodney Pugh: Mills & Mills, Toronto.*

*Procureur des intimés: George H. Rust-D'Eye, Toronto.*

<sup>c</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

<sup>d</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.*

<sup>e</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*



**Jerry Trimm** *Appellant (Applicant)*

and

**The Chief of Police for the Durham Regional Police Force, the Designated Presiding Officer, Deputy Chief Gerald Robinson of the Durham Regional Police Force and the Board of Commissioners of Police for the Regional Municipality of Durham**

*Respondents (Respondents)*

and

**The Attorney General of Canada** *Intervener*

**The Attorney General for Ontario** *Intervener (Intervener)*

**The Attorney General of Quebec** *Intervener*

**The Attorney General for New Brunswick** *Intervener*

INDEXED AS: TRIMM v. DURHAM REGIONAL POLICE

File No.: 20090.

1987: March 4, 5, 6; 1987: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal and penal proceedings — Right to an independent and impartial tribunal — Police superintendent conducting hearing of officer charged with major service offences — Whether or not s. 11 of Charter applicable in circumstances — If so, whether or not proceedings inconsistent with s. 11 — If inconsistent, whether or not regulations justifiable under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Regulation 791, R.R.O. 1980, ss. 3, 5(11), 6, 13, 16(4), (9), (15), 19(1), 20(2), (3), 24, Code of Offences.*

Appellant was charged with two major service offences and appeared before the Deputy Chief of Police for trial. His submission that the manner of proceeding with these two charges was not in accordance with his rights under s. 11(d) of the *Charter* and in particular with his right to a hearing by an independent and impartial tribunal was dismissed. The Divisional Court dismissed an application for judicial review and the

**Jerry Trimm** *Appellant (Requérant)*

et

**Le chef de police du corps de police régional de Durham, le chef adjoint Gerald Robinson du corps de police régional de Durham, officier désigné comme président et la Commission de police de la municipalité régionale de Durham** *Intimés (Intimés)*

b

et

**Le procureur général du Canada** *Intervenant*

**Le procureur général de l'Ontario** *Intervenant (Intervenant)*

**Le procureur général du Québec** *Intervenant*

**Le procureur général du Nouveau-Brunswick** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: TRIMM c. POLICE RÉGIONALE DE DURHAM

N° du greffe: 20090.

1987: 4, 5, 6 mars; 1987: 19 novembre.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Affaires criminelles et pénales — Droit à un tribunal indépendant et impartial — Comparution d'un agent accusé d'infractions majeures ressortissant au service devant le surintendant de la police — L'article 11 de la Charte s'applique-t-il dans les circonstances? — Dans l'affirmative, les procédures sont-elles incompatibles avec l'art. 11? — Dans l'affirmative, l'article premier permet-il de justifier le règlement? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Règlement 791, R.R.O. 1980, art. 3, 5(11), 6, 13, 16(4), (9), (15), 19(1), 20(2), (3), 24, Code of Offences.*

L'appellant a été accusé de deux infractions majeures ressortissant au service et a comparu devant le chef de police adjoint pour subir son procès. Son argument selon lequel la manière de procéder relativement à ces deux accusations n'était pas conforme aux droits que lui garantit l'al. 11d) de la *Charte* et, en particulier, à son droit à un procès devant un tribunal indépendant et impartial, a été rejeté. La Cour divisionnaire a rejeté la

*Dennis W. Brown, Q.C., and Michael W. Bader,* for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Yves de Montigny and Françoise Saint-Martin,* for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Grant Garneau,* for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The appellant is a member of the Durham Regional Police Force. On January 4, 1983 the appellant was served with a charge sheet pursuant to the *Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381, by the Durham Regional Police Force setting out a charge of neglect of duty for leaving his assigned patrol area without permission contrary to s. 1(c)(iii) of the *Code of Offences*, Reg. 791, R.R.O. 1980. On the same day the appellant was served with another charge sheet setting out a charge of insubordination by disobeying a lawful order contrary to s. 1(b)(ii) of the Code in refusing to walk his beat after being ordered to do so. Both of these offences were designated as major offences. In accordance with the charge sheets the appellant appeared before Deputy Chief of Police Gerald Robinson on January 19, 1983 at which time the proceedings were adjourned until February 11, 1983. On that date the appellant appeared before Deputy Chief Robinson and a trial date was set. On April 15, 1983, the date set for trial, it was submitted by the appellant's counsel that the manner of proceeding with these two charges against the appellant was not in accordance with his rights under s. 11(d) of the *Charter* and, in particular, his right to a hearing by an independent and impartial tribunal. This submission was rejected. The appellant then applied to the Divisional Court for judicial review, seeking an order prohibiting the presiding officer from conducting the hearing. This application was dismissed without reasons on October 15, 1984.

The Court of Appeal for Ontario (*per Brooke, Morden and Robins, J.J.A.*) dismissed the appeal on July 2, 1986: (1986), 55 O.R. (2d) 570.

*Dennis W. Brown, c.r., et Michael W. Bader,* pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Yves de Montigny et Françoise Saint-Martin,* pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Grant Garneau,* pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—L'appelant est membre du corps de police régional de Durham. Le 4 janvier 1983, le corps de police régional de Durham a, conformément à la *Police Act*, L.R.O. 1980, chap. 381, signifié à l'appelant un acte d'accusation l'inculpant d'avoir manqué à son devoir en quittant, sans permission, le secteur de surveillance qu'il lui avait été attribué, contrairement au sous-al. 1c)(iii) du *Code of Offences*, règl. 791, R.R.O. 1980. Le même jour, l'appelant s'est vu signifier un autre acte d'accusation l'inculpant d'insubordination pour avoir désobéi à un ordre légitime, contrairement au sous-al. 1b)(ii) du Code, en refusant de faire sa ronde après qu'on lui ait ordonné de le faire. Les deux infractions ont été qualifiées de majeures. Conformément aux actes d'accusation, l'appelant a comparu devant le chef de police adjoint Gerald Robinson le 19 janvier 1983, date à laquelle les procédures ont été ajournées jusqu'au 11 février 1983. À cette date, l'appelant a comparu devant le chef adjoint Robinson et la date de l'audience a été fixée. Le 15 avril 1983, date fixée pour l'audience, l'avocat de l'appelant a soutenu que la manière de procéder relativement à ces deux accusations contre l'appelant n'était pas conforme aux droits que lui garantit l'al. 11d) de la *Charte* et, en particulier, à son droit à un procès devant un tribunal indépendant et impartial. Cet argument a été rejeté. L'appelant a alors demandé à la Cour divisionnaire d'exercer son contrôle judiciaire en vue d'obtenir une ordonnance empêchant l'officier qui présidait de connaître de l'instance. Cette demande a été rejetée sans motifs le 15 octobre 1984.

La Cour d'appel de l'Ontario (les juges Brooke, Morden et Robins) a rejeté l'appel le 2 juillet 1986: (1986), 55 O.R. (2d) 570. Le juge Morden a

Court of Appeal dismissed an appeal from that judgment. The constitutional questions before this Court queried (1) whether s. 11(d) of the *Charter* applied to police disciplinary proceedings under Regulation 791, R.R.O. 1980, and if so, (2) whether or not that regulation was inconsistent with the *Charter*, and if so, whether it was justifiable under s. 1 of the *Charter*.

**Held:** The appeal should be dismissed; the first constitutional question should be answered in the negative.

For the reasons given in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, s. 11 does not apply to police disciplinary proceedings under Regulation 791, R.R.O. 1980. The disciplinary proceedings in this case were neither criminal in nature nor did they involve penal consequences. Unlike *Wigglesworth*, the appellant was not subject to the possibility of imprisonment under the *Police Act*.

#### Cases Cited

**Followed:** *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Burnham v. Metropolitan Toronto Police*, [1987] 2 S.C.R. 572; *Trumbley and Pugh v. Metropolitan Toronto Police*, [1987] 2 S.C.R. 577; **referred to:** *Colledge v. Niagara Regional Police Commission* (1983), 40 O.R. (2d) 340.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(d).  
*Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381, s. 74(1)(a).  
Regulation 791, R.R.O. 1980, ss. 3, 5(11), 6, 13, 16(4), (9), (15), 19(1), 20(2), (3), 24, *Code of Offences*, s. 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 55 O.R. (2d) 570, 29 D.L.R. (4th) 557, 15 O.A.C. 279, dismissing an appeal from a judgment of the Ontario Divisional Court dismissing an application for judicial review and for an order of prohibition with respect to the hearing of major police service offences by the Deputy Chief of Police. Appeal dismissed; the first constitutional question should be answered in the negative.

*Aleksandr G. Bolotenko*, for the appellant.

*David J. D. Sims, Q.C., Alan J. McMackin and Mario Bouchard*, for the respondents.

*Julius Isaac, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

demande d'exercice de contrôle judiciaire et la Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté contre ce jugement. Les questions constitutionnelles devant cette Cour portent sur le fait de savoir (1) si l'al. 11d) de la *Charte* s'applique aux procédures disciplinaires de la police prévues par le règlement 791, R.R.O. 1980, et s'il est incompatible, (2) sur le fait de savoir si ce règlement est incompatible avec la *Charte* et, dans l'affirmative, si l'article premier de la *Charte* permet de le justifier.

**Arrêt:** Le pourvoi est rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Pour les motifs donnés dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, l'art. 11 ne s'applique pas aux procédures disciplinaires de la police aux termes du règlement 791, R.R.O. 1980. Les mesures disciplinaires en l'espèce ne sont pas de nature criminelle et ne comportent pas de conséquences pénales. Contrairement à l'arrêt *Wigglesworth*, l'appelant n'est pas susceptible d'être emprisonné aux termes de la *Police Act*.

#### **Jurisprudence**

**Arrêts suivis:** *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Burnham c. Police de la communauté urbaine de Toronto*, [1987] 2 R.C.S. 572; *Trumbley et Pugh c. Police de la communauté urbaine de Toronto*, [1987] 2 R.C.S. 577; **arrêt mentionné:** *Colledge v. Niagara Regional Police Commission* (1983), 40 O.R. (2d) 340.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11d).  
*Police Act*, L.R.O. 1980, chap. 381, art. 74(1)a).  
Règlement 791, R.R.O. 1980, art. 3, 5(11), 6, 13, 16(4), (9), (15), 19(1), 20(2), (3), 24, *Code of Offences*, art. 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 55 O.R. (2d) 570, 29 D.L.R. (4th) 557, 15 O.A.C. 279, qui a rejeté un appel contre le jugement de la Cour divisionnaire de l'Ontario, qui avait rejeté une demande d'examen judiciaire et d'ordonnance de prohibition relativement à l'audition par le chef adjoint de la police des infractions majeures ressortissant au service. Pourvoi rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

*Aleksandr G. Bolotenko*, pour l'appelant.

*David J. D. Sims, c.r., Alan J. McMackin et Mario Bouchard*, pour les intimés.

*Julius Isaac, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Morden J.A. for the Court examined the wording of s. 11 and noted that it is replete with criminal law terminology. He also examined the legislative history of s. 11, the marginal note to s. 11 and the authorities on the issue. He concluded (at p. 583) that " 'offence' means an offence which is prosecuted in a criminal or penal proceeding". He stated at p. 589:

In my view, a *Police Act* discipline proceeding is not a criminal or penal proceeding within the purview of s. 11. The most serious consequence that can befall a police officer in such proceedings is the loss of his or her position and, while I do not minimize the seriousness of this consequence, it is a civil consequence and not punishment of a criminal nature. A police discipline matter is a purely administrative internal process. Its most serious possible consequence makes it analogous to a discipline matter in ordinary employer-employee relationships, even though the procedure governing it is clearly more formal. The basic object of dismissing an employee is not to punish him or her in the usual sense of this word (to deter or reform or, possibly, to exact some form of modern retribution) but rather, to rid the employer of the burden of an employee who has shown that he or she is not fit to remain an employee.

Leave to Appeal was granted by this Court on November 27, 1986.

The following constitutional questions were stated:

1. Does section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (hereinafter referred to as the "*Charter*") apply to police disciplinary proceedings under Regulation 791, R.R.O. 1980 made under s. 74(1) of the *Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381 as amended?

2. If section 11(d) of the *Charter* does apply to these proceedings, is Regulation 791, R.R.O. 1980 inconsistent with it, and, if so, can the Regulation be justified under s. 1 of the *Charter*?

It will be helpful to describe the nature of the disciplinary proceedings under the *Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381, and the Regulations enacted thereunder, in particular Regulation 791, R.R.O. 1980. Section 74(1)(a) of the Act empowers the Lieutenant-Governor in Council to make regula-

examiné, au nom de la Cour, le texte de l'art. 11 et a fait remarquer qu'il était rempli de termes propres au droit criminel. Il a également examiné l'historique législatif de l'art. 11, la note marginale de cet article, ainsi que la jurisprudence et la doctrine sur la question. Il a conclu (à la p. 583) que [TRADUCTION] «le terme «infraction» s'entend d'une infraction qui fait l'objet de poursuites dans une affaire criminelle ou pénale». À la page 589, il a dit:

[TRADUCTION] À mon avis, une procédure disciplinaire aux termes de la *Police Act* ne constitue pas une affaire criminelle ou pénale au sens de l'art. 11. Dans de telles instances, la conséquence la plus grave qui peut en découler pour un agent de police est son licenciement et bien que je ne veuille pas en réduire la gravité, il s'agit d'une conséquence civile et non d'une peine de nature criminelle. Une instance disciplinaire de la police constitue un processus interne purement administratif. Sa conséquence possible la plus grave la rend semblable à une instance disciplinaire dans le contexte des rapports ordinaires employeur-employé, même si la procédure qui la régit est nettement plus formelle. L'objet fondamental du congédiement d'un employé n'est pas de le punir au sens habituel de ce terme (pour le dissuader ou le corriger ou peut-être, pour appliquer une certaine forme moderne de châtement), mais plutôt de soulager l'employeur du fardeau que représente l'employé qui a démontré qu'il n'est pas à la hauteur de sa tâche.

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée le 27 novembre 1986.

Voici les questions constitutionnelles qui ont été formulées par la Cour:

1. L'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après appelée la «*Charte*») s'applique-t-il aux procédures disciplinaires de la police prévues par le règlement 791, R.R.O. 1980, établi en vertu du par. 74(1) de la *Police Act*, L.R.O. 1980, chap. 381 et ses modifications?

2. Si l'alinéa 11d) de la *Charte* s'applique à ces procédures, le règlement 791, R.R.O. 1980, est-il incompatible avec elle et, dans l'affirmative, l'article premier de la *Charte* permet-il de le justifier?

Il sera utile de décrire la nature des procédures disciplinaires engagées aux termes de la *Police Act*, L.R.O. 1980, chap. 381, et des règlements adoptés en application de cette loi, en particulier le règlement 791, R.R.O. 1980. L'alinéa 74(1)a) de la Loi accorde au lieutenant-gouverneur en conseil

tions “for the government of police forces and governing the conduct, duties, suspension and dismissal of members of police forces”. Regulation 791, entitled “General—Discipline”, was enacted pursuant to this power. Section 3 of that Regulation sets out which officers of the Force may exercise the duties of the Chief of Police in the hearing and disposition of charges against members of the Force. Section 6 provides for such an officer (a “designated officer”) to consider allegations made in a complaint against a member of the Force and that officer may then sign a charge sheet. The charge sheet must specify whether the particular offence alleged is a major or minor offence (s. 5(11)). The various offences are set out in s. 1 of the Schedule to the Regulation which reads (where relevant) as follows:

1. Any chief of police, other police officer or constable commits an offence against discipline if he is guilty of,

(a) DISCREDITABLE CONDUCT, that is to say, if he,

(i) acts in a disorderly manner, or in a manner prejudicial to discipline or likely to bring discredit upon the reputation of the police force,

(ii) is guilty of oppressive or tyrannical conduct towards an inferior in rank,

(iv) wilfully or negligently makes any false complaint or statement against any member of a police force,

(vii) is guilty of an indictable offence or an offence punishable upon summary conviction under the *Criminal Code* (Canada), or

(b) INSUBORDINATION, that is to say, if he,

(ii) without lawful excuse, disobeys, omits or neglects to carry out any lawful order;

(c) NEGLIGENCE OF DUTY, that is to say, if he,

(i) without lawful excuse, neglects or omits promptly and diligently to perform a duty as a member of the police force,

le pouvoir d'adopter des règlements [TRADUCTION] «régissant les corps de police ainsi que la conduite, les fonctions, la suspension et le renvoi des membres des corps de police». Le règlement 791, qui a pour titre [TRADUCTION] «Discipline générale», a été adopté conformément à ce pouvoir. L'article 3 de ce règlement énonce quels officiers du corps peuvent exercer les fonctions de chef de police pour entendre et régler les accusations portées contre des membres du service. L'article 6 prévoit qu'un tel officier (un «officier désigné») doit examiner les allégations présentées dans une plainte contre un membre du corps de police et qu'il peut alors signer un acte d'accusation. Cet acte d'accusation doit préciser si l'infraction particulière qui est reprochée est majeure ou mineure (par. 5(11)). Les diverses infractions sont énoncées à l'art. 1 de l'annexe du règlement dont voici les dispositions pertinentes:

[TRADUCTION] 1. Commet une infraction à la discipline, le chef de police, l'officier ou l'agent de police qui est coupable . . .

a) DE CONDUITE DÉSHONORANTE, savoir, qui,

(i) agit d'une manière désordonnée ou d'une manière préjudiciable à la discipline ou susceptible de ternir la réputation du corps de police,

(ii) est coupable de conduite oppressive ou tyrannique à l'égard d'un subalterne,

(iv) volontairement ou par négligence fait une plainte ou déclaration mensongère contre un membre d'un corps de police,

(vii) est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable après déclaration sommaire de culpabilité aux termes du *Code criminel* (Canada), ou

b) D'INSUBORDINATION, savoir, qui,

(ii) sans excuse légitime, désobéit à un ordre légitime, ou omet ou néglige de l'exécuter;

c) DE MANQUEMENT À SON DEVOIR, savoir, qui,

(i) sans excuse légitime, néglige ou omet d'accomplir rapidement et avec diligence son devoir de membre d'un corps de police,

- |  |          |   |
|--|----------|---|
| <p>(iii) fails to work in accordance with orders, or leaves an area, detachment, detail or other place of duty, without due permission or sufficient cause,</p>  |          | <p>(iii) n'obéit pas aux ordres ou quitte un secteur, un détachement ou contingent, ou tout autre endroit où il est en devoir sans permission ni motif suffisant,</p>   |
| <p>(xi) is improperly dressed, dirty or untidy in person, clothing or equipment while on duty;</p>   | <i>a</i> | <p>(xi) est vêtu de manière incorrecte, et dont les vêtements ou le matériel est sale ou désordonné alors qu'il est en fonction;</p>  |
| <p>(d) DECEIT, that is to say, if he,</p> <p>(i) knowingly makes or signs a false statement in an official document or book,</p>   | <i>b</i> | <p>d) DE TROMPERIE, savoir, qui,</p> <p>(i) sciemment, fait ou signe une fausse déclaration dans un document ou livre officiel,</p>   |
| <p>(e) BREACH OF CONFIDENCE, that is to say, if he,</p> <p>(i) divulges any matter which it is his duty to keep secret,</p>  | <i>c</i> | <p>e) D'ABUS DE CONFIANCE, savoir, qui,</p> <p>(i) divulgue quelque chose qu'il a le devoir de garder secret,</p>   |
| <p>(iii) without proper authority communicates to the public press or to any unauthorized person any matter connected with the police force,</p>   | <i>d</i> | <p>(iii) sans autorisation appropriée, communique au public, à la presse ou à toute personne non autorisée quelque chose de relié au corps de police,</p>   |
| <p>(v) makes any anonymous communication to the chief of police or superior officer or authority,</p>  | <i>e</i> | <p>(v) communique de manière anonyme avec le chef de police, un officier supérieur ou des autorités supérieures,</p>  |
| <p>(f) CORRUPT PRACTICE, that is to say, if he,</p> <p>(i) takes a bribe,</p> <p>(ii) fails to account for or to make a prompt, true return of money or property received in an official capacity,</p> | <i>f</i> | <p>f) DE MANŒUVRE FRAUDULEUSE, savoir, qui,</p> <p>(i) accepte un pot-de-vin,</p> <p>(ii) omet de rendre compte de l'argent ou des biens reçus en sa qualité officielle ou de les remettre rapidement et fidèlement,</p>                                  |
| <p>(g) UNLAWFUL OR UNNECESSARY EXERCISE OF AUTHORITY, that is to say, if he,</p> <p>(i) without good and sufficient cause makes an unlawful or unnecessary arrest,</p>                                 | <i>g</i> | <p>g) D'EXERCICE ILLÉGAL OU INUTILE DE SON POUVOIR, savoir, qui,</p> <p>(i) sans motifs justes et suffisants procède à une arrestation illégale ou inutile,</p>   |
| <p>(iii) is uncivil to a member of the public;</p>   | <i>h</i> | <p>(iii) est impoli envers un membre du public;</p>   |
| <p>(h) DAMAGE TO CLOTHING OR EQUIPMENT, that is to say, if he,</p> <p>(ii) fails to report waste, loss or damage however caused;</p>   | <i>i</i> | <p>h) DE DOMMAGES CAUSÉS AUX VÊTEMENTS OU AU MATÉRIEL, savoir, qui,</p> <p>(ii) omet de rendre compte de tout gaspillage, de toute perte ou de tout dommage quels qu'ils soient;</p>  |
| <p>(i) CONSUMING INTOXICATING LIQUOR IN A MANNER PREJUDICIAL TO DUTY, that is to say, if he,</p> <p>(i) while on duty is unfit for duty through drinking intoxicating liquor, or</p>                   | <i>j</i> | <p>i) DE CONSOMMATION DE BOISSONS ALCOOLISÉES D'UNE MANIÈRE PRÉJUDICIALE À L'EXERCICE DE SES FONCTIONS, savoir, qui,</p> <p>(i) dans l'exercice de ses fonctions, n'est pas en état de travailler parce qu'il a consommé des boissons alcoolisées, ou</p> |

- (j) LENDING MONEY TO A SUPERIOR; OR  
 (k) BORROWING MONEY FROM OR ACCEPTING A PRESENT FROM ANY INFERIOR IN RANK.

Particular aspects of the "trial" procedure are set out in s. 13:

13.—(1) A chief of police may designate a counsel, constable or other police officer who shall have conduct of the hearing against the person charged and, in the conduct of the hearing, the person so designated may,

- (a) examine and cross-examine witnesses;  
 (b) sum up the evidence in support of the charge; and  
 (c) before the final verdict is rendered, at the direction of or with the consent of the chief of police, withdraw the charge.

(2) The constable or other police officer designated under subsection (1) shall be of equal rank to or higher rank than the person charged.

(3) The person charged is entitled to make his full answer and defence to the charge and, for such purpose, may examine and cross-examine witnesses and make representations on his behalf, either personally or by his counsel or agent.

The consequences of a finding of guilt in respect of minor and major offences are set out in ss. 16 and 20. The relevant subsections provide as follows:

16.— ...

(4) A person found guilty of a minor offence is liable to,

- (a) an admonition; or  
 (b) forfeiture of leave of days off not exceeding five days; or  
 (c) forfeiture of pay not exceeding three days pay.

20.— ...

(2) A person found guilty of a major offence is liable to,

- (a) dismissal; or  
 (b) be required to resign, and in default of resigning within seven days, to be summarily dismissed from the force; or  
 (c) reduction in rank or gradation of rank; or  
 (d) forfeiture of leave or days off not exceeding twenty days; or

- j) DE PRÊT D'ARGENT À UN SUPÉRIEUR; OU  
 k) D'EMPRUNT D'ARGENT À UN SUBALTERNE OU D'ACCEPTATION D'UN CADEAU DE CELUI-CI.

<sup>a</sup> Les aspects particuliers de la procédure relative au «procès» sont énoncés à l'art. 13:

[TRADUCTION] 13.—(1) Le chef de police peut charger un avocat, un agent ou tout autre officier de police de diriger les procédures contre la personne accusée et, dans le cadre de ses fonctions, la personne ainsi désignée peut,

- <sup>a</sup> interroger et contre-interroger les témoins;  
<sup>b</sup> résumer les éléments de preuve à l'appui de l'accusation; et  
<sup>c</sup> avant le prononcé du verdict final, sur l'ordre ou avec le consentement du chef de police, retirer l'accusation.

<sup>d</sup> (2) L'agent ou tout autre officier de police désigné aux termes du par. (1) doit être de rang égal ou supérieur à la personne accusée.

<sup>e</sup> (3) La personne accusée a le droit de présenter une défense pleine et entière à l'accusation et, à cette fin, elle peut interroger et contre-interroger les témoins et présenter des arguments pour son propre compte, elle-même personnellement ou par l'intermédiaire de son avocat ou de son mandataire.

<sup>f</sup> Les conséquences d'une déclaration de culpabilité relativement à des infractions mineures et majeures sont énoncées aux art. 16 et 20. Les dispositions pertinentes sont les suivantes:

[TRADUCTION] 16.— ...

<sup>g</sup> (4) La personne déclarée coupable d'une infraction mineure peut

- <sup>a</sup> être admonestée;  
<sup>b</sup> perdre au plus cinq jours de congé; ou  
<sup>h</sup> perdre au plus trois jours de salaire.

20.— ...

(2) La personne déclarée coupable d'une infraction majeure peut

- <sup>i</sup> <sup>a</sup> être renvoyée;  
<sup>b</sup> être tenue de donner sa démission et, à défaut de démissionner dans un délai de sept jours, être destituée sommairement du corps de police;  
<sup>j</sup> <sup>c</sup> être rétrogradée;  
<sup>d</sup> perdre au plus vingt jours de congé;

- (e) forfeiture of pay not exceeding five days pay; or  
 (f) a reprimand, which may be imposed in lieu of or in addition to any other punishment imposed.

- e) perdre au plus cinq jours de salaire, ou  
 f) être réprimandée, au lieu ou en sus de toute autre peine.

Persons found guilty of major and minor offences may appeal to the Board of Commissioners of Police or, where there is no such board, to a committee of the municipal council and from the decisions of those bodies to the Ontario Police Commission: see ss. 16(9), (15), 19(1), 20(3) and 24. It is apparent from these provisions that the police force both charges and tries the person charged. It is this aspect of the process which the appellant attacks under s. 11(d) of the *Charter*. He submits that the Chief of Police or his designated officer is not "an independent and impartial tribunal" within the meaning of the section.

a Les personnes déclarées coupables d'infractions majeures et mineures peuvent interjeter appel devant la Commission de police ou, en l'absence d'une telle commission, devant un comité du conseil municipal, puis en appeler des décisions de ces organismes à la Commission de police de l'Ontario: voir les par. 16(9), (15), 19(1), 20(3) et l'art. 24. Il ressort de ces dispositions que le corps de police met la personne en accusation et lui fait subir son procès. C'est cet aspect du processus que l'appelant conteste en se fondant sur l'al. 11d) de la *Charte*. Il soutient que le chef de police ou l'officier désigné ne constitue pas «un tribunal indépendant et impartial» au sens de cet alinéa.

For the reasons indicated in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, s. 11 does not apply to police disciplinary proceedings under Regulation 791, R.R.O. 1980. The disciplinary proceedings in this case, which are identical to those in *Burnham v. Metropolitan Toronto Police*, [1987] 2 S.C.R. 572, and *Trumbley and Pugh v. Metropolitan Toronto Police*, [1987] 2 S.C.R. 577, are neither criminal in nature nor do they involve penal consequences. As was stated by Eberle J. in *Colledge v. Niagara Regional Police Commission* (1983), 40 O.R. (2d) 340, at p. 342 (Div. Ct.):

d Pour les raisons données dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, l'art. 11 ne s'applique pas aux procédures disciplinaires de la police prévues par le règlement 791, R.R.O. 1980.  
 e Les procédures disciplinaires en l'espèce, qui sont identiques à celles dont il est question dans les arrêts *Burnham c. Police de la communauté urbaine de Toronto*, [1987] 2 R.C.S. 572, et *Trumbley et Pugh c. Police de la communauté urbaine de Toronto*, [1987] 2 R.C.S. 577, ne sont pas de nature criminelle et ne comportent pas de conséquences pénales. Comme le juge Eberle l'a déclaré dans *Colledge v. Niagara Regional Police Commission* (1983), 40 O.R. (2d) 340, à la p. 342 (C. div.):

The principal aspects of the proceedings at bar fall entirely within the ambit of internal disciplinary proceedings inside the police force. The duty sought to be enforced in the present proceeding is a duty which arises directly under the code of police conduct laid down in the *Police Act*. The matters involved in the proceedings are accordingly matters essentially of a private nature between the officer and his superiors.

[TRADUCTION] Les principaux aspects des procédures dont il est question en l'espèce relèvent entièrement des procédures disciplinaires internes du corps de police. L'obligation que l'on cherche à faire exécuter en l'espèce en est une qui découle directement du code de discipline de la police énoncé dans la *Police Act*. Par conséquent, les questions visées par les procédures sont essentiellement de nature privée entre l'agent et ses supérieurs.

Unlike *Wigglesworth*, the appellant is not subject to the possibility of imprisonment under the *Police Act*. There are in this case no "true penal consequences". I would therefore answer the first constitutional question in the negative. Having regard

i Contrairement à la situation dans l'arrêt *Wigglesworth*, l'appelant n'est pas susceptible d'être emprisonné aux termes de la *Police Act*. En l'espèce, il n'y a pas de «véritables conséquences pénales». Par conséquent, je suis d'avis de répondre par



to my answer to question 1 it unnecessary to consider question 2.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed; the first constitutional question should be answered in the negative.*

*Solicitors for the appellant: Aitchison, Starzynski, Evans & Bolotenko, Oshawa.*

*Solicitors for the respondents: Sims Brady & McInerney, Whitby.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton*

la négative à la première question constitutionnelle. Compte tenu de ma réponse à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à la deuxième question.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

<sup>a</sup> *Pourvoi rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.*

*Procureurs de l'appelant: Aitchison, Starzynski, Evans & Bolotenko, Oshawa.*

<sup>b</sup> *Procureurs des intimés: Sims Brady & McInerney, Whitby.*

<sup>c</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

<sup>d</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.*

<sup>e</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

**Terrance Patrick O'Hara and John Earl Kirkbride** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of the province of British Columbia, the Attorney General of the province of British Columbia, Malcolm A. Matheson, Mary Saunders and Richard M. MacIntosh** *Respondents*

and

**The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick and the Attorney General for Alberta** *Interveniers*

INDEXED AS: O'HARA v. BRITISH COLUMBIA

File No.: 20260.

1987: June 2; 1987: November 19.

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 BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Distribution of legislative powers — Administration of justice and criminal law — Provincial inquiry commission — Inquiry into alleged wrongdoing of provincial police officers — Commission empowered to conduct compulsory examinations of witnesses under oath — Validity of Order in Council establishing commission — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(6), (14), (16).*

Pursuant to the British Columbia *Inquiry Act*, the Lieutenant-Governor in Council promulgated Order in Council No. 590 which appointed three commissioners to inquire into and report on all matters associated with alleged injuries sustained by a prisoner while in custody at a police station. The prisoner complained that he had been assaulted by police officers during his detention and that his injury was a result of that assault. The appellants and the other police officers on duty the night of the incident were summoned to appear before the Commission. The officers thereupon petitioned the British Columbia Supreme Court for an order declaring the Order in Council *ultra vires* of the province. They contended that the Commission's terms of reference set out in the Order in Council invaded the exclusive legislative authority of the Parliament under s. 91(27) of the

**Terrance Patrick O'Hara et John Earl Kirkbride** *Appellants*

c.

**a Sa Majesté La Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique, le procureur général de la province de la Colombie-Britannique, Malcolm A.**

**Matheson, Mary Saunders et Richard M.**

**b MacIntosh** *Intimés*

et

**c Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: O'HARA c. COLOMBIE-BRITANNIQUE

**d** N° du greffe: 20260.

1987: 2 juin; 1987: 19 novembre.

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

**e** L'Heureux-Dubé.  
EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Répartition des pouvoirs législatifs — Administration de la justice et droit criminel — Commission d'enquête provinciale — Enquête sur des présumés méfaits qu'auraient commis des agents de police provinciaux — Commission dotée du pouvoir d'obliger les témoins à déposer sous serment — Validité du décret créant la Commission — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(6), (14), (16).*

En vertu de l'*Inquiry Act* de la Colombie-Britannique, le lieutenant-gouverneur en conseil a promulgué le décret n° 590 qui a nommé trois commissaires chargés d'enquêter et de faire rapport sur toutes les questions liées aux blessures qu'aurait subies un détenu dans un poste de police. Le détenu s'est plaint qu'il avait été agressé par des agents de police au cours de sa détention et que sa blessure résultait de cette agression. Les appelants et les autres agents de police en fonction la nuit de l'incident ont été sommés de comparaître devant la Commission. Les agents ont alors demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une ordonnance déclarant que le décret outrepassait les pouvoirs de la province. Ils ont soutenu que le mandat de la Commission fixée par le décret empiétait sur le pouvoir législatif exclusif que le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de*

*Constitution Act, 1867* because the primary purpose of the Commission was to investigate whether particular offences occurred and, if so, who was responsible. The petitions were dismissed and the judgment affirmed by the Court of Appeal.

*Held* (Estey J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* authorizes a province to establish an inquiry to investigate and report on alleged wrongdoings committed by members of a police force under its jurisdiction and to enable such an inquiry to conduct compulsory examinations of witnesses. But there are limits to a province's jurisdiction to establish an inquiry and equip it with coercive investigatory authority. First, a province must respect federal jurisdiction over criminal law and criminal procedure. For example, an inquiry enacted solely to determine criminal liability and to bypass the protection accorded to an accused by the *Criminal Code* would be *ultra vires* of a province, being a matter relating to criminal law and criminal procedure. Secondly, a province may not rely on its jurisdiction under s. 92(14) to intrude into the management of a federal organization. Thirdly, a province — as well as Parliament — may not infringe the rights of Canadian citizens in establishing inquiries of this kind.

In the present case, the Order in Council was within the legislative jurisdiction of the province. The inquiry was mandated to investigate alleged acts of wrongdoing for purposes different from those which underlie criminal law and criminal procedure. The purpose of the inquiry was not to determine criminal responsibility but was aimed at getting to the bottom of an incident of police misconduct which had undermined the proper administration of justice. The federal authorities had no jurisdiction over the discipline of the police officers who were the subject of the inquiry.

Further, because the alleged wrongdoing occurred in a jail, s. 92(6) of the *Constitution Act, 1867* provides a constitutional anchor independent of s. 92(14) by which provincial jurisdiction over the inquiry can be secured. Reference might also be had to s. 92(16).

*Per* Estey J. (dissenting): Criminal procedure as well as criminal law may not be circumvented by provincial action under general inquiry legislation. In this case, the

1867 confère au Parlement parce que l'objet principal de la Commission était d'examiner si certaines infractions précises s'étaient produites et, le cas échéant, de déterminer qui était responsable. Les requêtes ont été rejetées et la Cour d'appel a confirmé ce jugement.

*Arrêt* (le juge Estey est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé: Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise une province à créer une commission pour enquêter et faire rapport sur des méfaits qu'auraient commis des membres d'un corps de police qui relève de sa compétence et pour permettre à une telle commission d'obliger les témoins à déposer. Toutefois, il y a des limites au pouvoir d'une province d'établir une commission d'enquête et de la doter de pouvoirs d'enquête coercitifs. Premièrement, une province doit respecter la compétence fédérale en matière de droit criminel et de procédure criminelle. Par exemple, une commission d'enquête établie uniquement pour déterminer la responsabilité criminelle et pour contourner la protection que le *Code criminel* accorde à un accusé outrepasserait les pouvoirs d'une province, car il s'agirait d'une matière relative au droit criminel et à la procédure en matière criminelle. Deuxièmement, une province ne peut se fonder sur sa compétence aux termes du par. 92(14) pour s'ingérer dans la gestion d'un organisme fédéral. Troisièmement, ni une province ni le Parlement ne peuvent porter atteinte aux droits des citoyens canadiens en établissant des commissions d'enquête de ce genre.

En l'espèce, le décret relève de la compétence législative de la province. La Commission d'enquête était chargée d'enquêter sur des présumés méfaits pour des fins différentes de celles qui sous-tendent le droit criminel et la procédure criminelle. L'enquête n'a pas pour but de déterminer la responsabilité criminelle, mais elle a pour but d'aller jusqu'au fond d'un cas de mauvaise conduite de la part de la police qui a porté atteinte à la bonne administration de la justice. Les autorités fédérales n'ont pas compétence pour imposer des mesures disciplinaires aux agents de police visés par l'enquête.

En outre, étant donné que le présumé méfait s'est produit dans une prison, le par. 92(6) de la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue un fondement constitutionnel indépendant du par. 92(14) sur lequel peut s'appuyer la compétence provinciale à l'égard de l'enquête. Il convient également de mentionner le par. 92(16).

Le juge Estey (dissident): Le droit criminel et la procédure en matière criminelle ne peuvent être contournés par une mesure provinciale prise sous le régime

main and apparently only object of the inquiry was to isolate and identify the actual wrongdoers with a view to prosecution. This circumstance provides an unsound basis upon which to expand the comments of this Court in *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9. Admittedly, it is a very thin line whether the use of a coercive provincial inquiry, overrunning as it does the rights of the citizen under our criminal laws, falls across the federal jurisdiction. Because of the gravity of the potential consequences to the individual resulting from a provincial encroachment on the criminal process, the courts should be very cautious in extending criminal related inquiries which the provinces may from time to time mount.

### Cases Cited

By Dickson C.J.

**Applied:** *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Attorney General of Alberta v. Putnam*, [1981] 2 S.C.R. 267; **referred to:** *Re Nelles and Grange* (1984), 9 D.L.R. (4th) 79; *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 & 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *Re Public Inquiries Act* (1919), 48 D.L.R. 237; *Reference Re the Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Kelly & Sons v. Mathers* (1915), 23 D.L.R. 225; *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465.

By Estey J. (dissenting)

*Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(h), 13.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(27), 92(6), (14), (16).  
*Inquiry Act*, R.S.B.C. 1979, c. 198, s. 8.  
*Police Act*, R.S.B.C. 1979, c. 331, s. 40.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1987), 36 D.L.R.

d'une loi générale en matière d'enquêtes. Le principal et apparemment seul but de l'enquête était d'isoler et d'identifier les véritables délinquants afin de les poursuivre. Cette situation offre une base précaire pour étendre ou projeter les observations faites par cette Cour dans l'arrêt *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9. Certes, il existe une démarcation très mince pour déterminer si le recours à une enquête provinciale coercitive, qui porte atteinte aux droits que possèdent les citoyens en vertu de nos lois en matière criminelle, empiète sur la compétence fédérale. Vu la gravité des conséquences possibles pour la personne d'un empiètement provincial sur le processus criminel, les tribunaux devraient être très prudents en élargissant les enquêtes relatives aux matières criminelles que les provinces peuvent à l'occasion mettre sur pied.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

**Arrêts appliqués:** *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Procureur général de l'Alberta c. Putnam*, [1981] 2 R.C.S. 267; **arrêts mentionnés:** *Re Nelles and Grange* (1984), 9 D.L.R. (4th) 79; *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 & 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *Re Public Inquiries Act* (1919), 48 D.L.R. 237; *Reference Re the Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Kelly & Sons v. Mathers* (1915), 23 D.L.R. 225; *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465.

g Citée par le juge Estey (dissident)

*Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11(h), 13.  
*Inquiry Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 198, art. 8.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27), 92(6), (14), (16).  
*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10.  
*Police Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 331, art. 40.

j POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1987), 36 D.L.R.

(4th) 308, 33 C.C.C. (3d) 90, [1987] 3 W.W.R. 362 (*sub nom. Robinson v. B.C. (Govt.)*), affirming a judgment of Legg J. (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 77, 28 C.C.C. (3d) 489, [1986] 4 W.W.R. 729, dismissing appellants' claim that Order in Council No. 590 was *ultra vires* of the province. Appeal dismissed, Estey J. dissenting.

*Richard R. Sugden and George Sourisseau*, for the appellant O'Hara.

*A. G. Henderson*, for the appellant Kirkbride.

*Brian R. D. Smith, Q.C.*, and *E. Robert A. Edwards, Q.C.*, for the respondents Her Majesty the Queen and the Attorney General of British Columbia.

*Lucy Cecchetto*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Yves de Montigny*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Grant S. Garneau*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*William Henkel, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal raises the question whether the *Constitution Act, 1867* authorizes a province to establish a commission to inquire into and report on an alleged wrongdoing by members of its own police forces, and equip such a commission with the power to conduct compulsory examinations of witnesses under oath.

## I

### Facts

Michael Jacobsen (who is not party to these proceedings) was arrested by police in a state of intoxication and incarcerated in a jail operated by the Vancouver City Police in Vancouver, British Columbia. The appellants O'Hara and Kirkbride

(4th) 308, 33 C.C.C. (3d) 90, [1987] 3 W.W.R. 362 (*sub nom. Robinson v. B.C. (Govt.)*), qui a confirmé le jugement du juge Legg (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 77, 28 C.C.C. (3d) 489, [1986] 4 W.W.R. 729, qui avait rejeté la demande des appelants portant que le décret n° 590 outrepassait la compétence de la province. Pourvoi rejeté, le juge Estey est dissident.

*Richard R. Sugden et George Sourisseau*, pour l'appelant O'Hara.

*A. G. Henderson*, pour l'appelant Kirkbride.

*Brian R. D. Smith, c.r.*, et *E. Robert A. Edwards, c.r.*, pour les intimés Sa Majesté la Reine et le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Lucy Cecchetto*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Yves de Montigny*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Grant S. Garneau*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*William Henkel, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise une province à établir une commission chargée d'enquêter et de faire rapport sur des méfaits qu'auraient commis des membres de ses propres corps de police et à doter cette commission du pouvoir d'obliger les témoins à déposer sous serment.

## I

### Les faits

Michael Jacobsen (qui n'est pas partie à la présente affaire) a été arrêté par la police alors qu'il était en état d'ébriété, puis incarcéré dans une prison de la police municipale de Vancouver, en Colombie-Britannique. Les appelants O'Hara et

are Vancouver City police officers who, along with four other officers, were on duty at the City Jail that night. Approximately five hours after his incarceration, Jacobsen was released and immediately sought medical assistance at a local hospital for a serious injury to his knee. Jacobsen complained that he had been assaulted by an officer or officers during his detention and that his injury was a result of that assault.

Following his complaint, the Vancouver City Police conducted an extensive internal investigation. The results of that investigation were forwarded to Regional Crown Counsel who determined that the evidence would not support criminal charges because of a lack of evidence identifying the assailant or assailants. The police authorities decided that no further action would be taken. Pursuant to s. 40 of the *Police Act*, R.S.B.C. 1979, c. 331, however, Jacobsen requested a public inquiry into the conduct of Corporal Nixon, who was the senior non-commissioned officer on duty in the City Jail at the time Jacobsen was detained. Jacobsen alleged that Nixon was the person who assaulted him. Moreover, Jacobsen commenced an action against the city of Vancouver, Chief Constable Stewart, the Vancouver Police Board and the police officers who were on duty that night, claiming damages for personal injuries arising out of the alleged assault.

An inquiry pursuant to s. 40 of the *Police Act* was established. After hearing evidence from Jacobsen, the police officers in question and twelve other witnesses, the Inquiry Panel of the Vancouver Police Board gave written reasons dismissing the complaint against Nixon, finding that there was no reliable evidence of identification against any individual officer. The Board concluded, however, that Jacobsen's injuries had been caused by an assault perpetrated by two or more of the police officers on duty that night and that some or all were involved in "covering up" the events. The Board asked that the Chief Constable, or alternatively the British Columbia Police Commission, undertake a review of the matter to ascertain what

Kirkbride sont des agents de la police municipale de Vancouver qui, avec quatre autres agents, étaient en fonction à la prison municipale cette nuit-là. Environ cinq heures après son incarcération, Jacobsen a été remis en liberté et s'est rendu immédiatement dans un hôpital local pour faire soigner une blessure grave à son genou. Jacobsen s'est plaint qu'il avait été agressé par un seul ou plusieurs agents au cours de sa détention et que sa blessure résultait de cette agression.

Par suite de sa plainte, la police municipale de Vancouver a mené une enquête interne approfondie. Les résultats de cette enquête ont été transmis au substitut du procureur général du district qui a déterminé que la preuve soumise ne pourrait pas appuyer des accusations criminelles en raison de l'absence d'éléments de preuve identifiant le ou les agresseurs. Les autorités policières ont décidé de ne prendre aucune autre mesure. Toutefois, se fondant sur l'art. 40 de la *Police Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 331, Jacobsen a demandé la tenue d'une enquête publique sur la conduite du caporal Nixon, qui était le sous-officier en fonction à la prison municipale au moment où il a été détenu. Jacobsen a allégué que Nixon était la personne qui l'avait agressé. En outre, Jacobsen a intenté une action contre la ville de Vancouver, le directeur de la police M. Stewart, la Commission de police de Vancouver et les agents de police qui étaient en fonction cette nuit-là, en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour des blessures corporelles résultant de l'agression qu'il aurait subie.

Une enquête a été instituée conformément à l'art. 40 de la *Police Act*. Après avoir entendu les dépositions de Jacobsen, des agents de police en question et de douze autres témoins, le comité d'enquête de la Commission de police de Vancouver a, dans des motifs écrits, rejeté la plainte portée contre Nixon, concluant qu'aucun élément de preuve fiable ne permettait d'identifier un agent en particulier. Toutefois, la Commission a conclu que les blessures subies par Jacobsen avaient été causées par une agression perpétrée par au moins deux des agents de police en fonction cette nuit-là et que certains ou la totalité de ces agents avaient participé au «camouflage» des événements. La Commission a demandé que le directeur de la

actually happened to Jacobsen on the night in question.

The civil action by Jacobsen against Chief Constable Stewart, Sergeant Cox, and the Vancouver Police Board was subsequently dismissed. The civil action against the other police officers was settled; the city paid.

The Lieutenant-Governor in Council, pursuant to the *Inquiry Act*, R.S.B.C. 1979, c. 198, promulgated Order in Council No. 590. The Order in Council appointed the respondents Matheson, Saunders and MacIntosh (who take no position in this appeal), members of the British Columbia Police Commission, as commissioners to inquire into and report on all matters associated with alleged injuries sustained by Jacobsen. The terms of the Order in Council are as follows:

1. A Commission be issued appointing Malcolm A. Matheson, chairman of the British Columbia Police Commission and Mary Saunders and Richard M. MacIntosh, both members of that Commission, to be commissioners under Part 2 of the *Inquiry Act*, to enquire into and report on all matters associated with the alleged injuries sustained by Michael Albert Jacobsen on September 30, 1983, and which were stated by him to have been caused during his detention in a Vancouver Police Station on that date; And upon results of the internal police inquiry, investigations and hearings following complaint by Mr. Jacobsen under the *Police Act*, and whether all relevant evidence was properly adduced and truthfully given at these inquiries and hearings. In particular the Commission is directed to enquire, investigate and report on
  - (a) all factors surrounding the detention of Jacobsen at the Vancouver Police Station on September 30, 1983, particularly, the reason for and the period of detention,
  - (b) whether Jacobsen sustained injuries while detained in Police custody and if so, the extent thereof, the person or persons who inflicted them, the reason for so inflicting them and the time and place the injuries were sustained,
  - (c) whether any member of staff of the Vancouver Police Force or any other person contributed

police, sinon la Commission de police de la Colombie-Britannique, examine l'affaire pour voir ce qui est réellement arrivé à Jacobsen au cours de la nuit en question.

<sup>a</sup> L'action civile intentée par Jacobsen contre Stewart, le directeur de la police, le sergent Cox et la Commission de police de Vancouver a par la suite été rejetée. L'action civile intentée contre les autres agents de police a été réglée; la ville a payé.

<sup>c</sup> Le lieutenant-gouverneur en conseil a promulgué le décret n° 590 conformément à l'*Inquiry Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 198. Dans ce décret, il a nommé les intimés Matheson, Saunders et MacIntosh (qui ne prennent pas position dans le présent pourvoi), membres de la Commission de police de la Colombie-Britannique, à titre de commissaires chargés d'enquêter et de faire rapport sur toutes les questions reliées aux blessures qu'aurait subies Jacobsen. Voici les modalités du décret:

1. Une commission nommant Malcolm A. Matheson, président de la Commission de police de la Colombie-Britannique, ainsi que Mary Saunders et Richard M. MacIntosh, membres de cette commission, à titre de commissaires aux termes de la partie 2 de l'*Inquiry Act*, chargés d'enquêter et de faire rapport sur toutes les questions reliées aux blessures qu'aurait subies Michael Albert Jacobsen le 30 septembre 1983 et qui, selon ce qu'il a déclaré, ont été causées au cours de sa détention dans un poste de police de Vancouver à cette date, sur les résultats d'une enquête interne de la police, des enquêtes et des audiences qui ont suivi la plainte déposée par M. Jacobsen aux termes de la *Police Act* et sur la question de savoir si tous les éléments de preuve pertinents ont été correctement présentés et donnés sincèrement au cours de ces enquêtes et audiences. En particulier, la Commission est chargée d'enquêter et de faire rapport sur
  - a) tous les facteurs entourant la détention de Jacobsen au poste de police de Vancouver le 30 septembre 1983, plus particulièrement, sur les motifs de cette détention et la durée de celle-ci,
  - b) la question de savoir si Jacobsen a subi des blessures alors qu'il était détenu par la police et, dans l'affirmative, sur la gravité de celles-ci, sur la ou les personnes qui les ont infligées, les motifs pour lesquels elles ont été infligées et le moment et l'endroit où les blessures ont été causées,
  - c) la question de savoir si un membre du personnel de la police de Vancouver a joué un rôle

to, or had or acquired knowledge of, Jacobsen's injuries, and if so, who were they, and where and to what extent did each contribute to the injuries, or have or acquire such knowledge,

(d) whether any police officer who had knowledge of the perpetration of assault (if any) on Jacobsen took steps to protect him from injury, and if not, why not, and

(e) all records of internal disciplinary investigations, legal proceedings and other inquiries which took place as a consequence of complaints by Jacobsen under the *Police Act* or by civil action against the Vancouver Police Force, and whether in the opinion of the commissioners evidence was falsified, not adduced or suppressed at any of these investigations, proceedings and inquiries, and if so, to what extent and, where appropriate, by whom . . .

dans l'agression contre Jacobsen, a eu ou pris connaissance des blessures qu'il a subies et, dans l'affirmative, de qui il s'agit et dans quelle mesure chacun a contribué aux blessures ou en a eu ou pris connaissance,

d) la question de savoir si un agent de police qui a eu connaissance de l'agression (le cas échéant) contre Jacobsen a pris des mesures pour l'empêcher de subir des blessures et, sinon, pourquoi pas, et

e) tous les dossiers d'enquêtes relatives à des questions de discipline interne, les poursuites judiciaires et autres enquêtes qui ont eu lieu par suite des plaintes déposées par Jacobsen aux termes de la *Police Act* ou d'une action civile intentée contre le corps de police de Vancouver et sur la question de savoir si, de l'avis des commissaires, des éléments de preuve ont été falsifiés, n'ont pas été présentés ou ont été supprimés lors de ces enquêtes et procédures et, dans l'affirmative, dans quelle mesure et, si nécessaire, par quelle personne . . .

The promulgation of Order in Council No. 590 was accompanied by a news release from the Ministry of the Attorney General of British Columbia which stated that the commissioners would hold a public hearing into the circumstances surrounding the alleged infliction of injuries "including the time, place, and by whom". The news release stated that the Commission would have "similar authority that normally rests with a judicial tribunal hearing a matter under the Criminal Code".

The appellants and the other police officers were summoned to appear before the Commission. The officers thereupon petitioned the British Columbia Supreme Court for an order declaring the Order in Council *ultra vires* of the province, an injunction restraining the inquiry commissioners from proceeding, and an order quashing the summonses as directed to them. Legg J. dismissed the petitions: (1986), 28 C.C.C. (3d) 489. An appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed: (1987), 33 C.C.C. (3d) 90. Leave to appeal the judgment of the Court of Appeal was granted by this Court.

La promulgation du décret n° 590 était accompagnée d'un communiqué de presse du ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, dans lequel on déclarait que les commissaires tiendraient une audience publique sur les circonstances entourant les blessures qui auraient été infligées [TRADUCTION] «y compris le moment, l'endroit et par quelle personne». Selon le communiqué de presse, la commission aurait [TRADUCTION] «un pouvoir semblable à celui dont jouit normalement un tribunal judiciaire saisi d'une instance aux termes du Code criminel».

Les appellants et les autres agents de police ont été sommés de comparaître devant la Commission. Les agents ont alors demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une ordonnance déclarant que le décret outrepassait les pouvoirs de la province, une injonction empêchant les commissaires de procéder et une ordonnance annulant les sommations qui leur avaient été adressées. Le juge Legg a rejeté les requêtes: (1986), 28 C.C.C. (3d) 489. L'appel interjeté devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté: (1987), 33 C.C.C. (3d) 90. Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel.



## II

Judgments*Report of the Public Inquiry Panel of the Vancouver Police Board*

Ms. Kathleen Keating, Chairperson of the Public Inquiry Panel established under s. 40 of the *Police Act* on the complaint of Jacobsen, commented in her Report:

This is the most disturbing case that has come before this panel. It involves a young man who was arrested and taken to jail because he was considered to be too drunk to take care of himself after the driver of the car in which he was riding was arrested for impaired driving.

He arrived at the jail about 5 a.m. on September 30, 1983, a healthy 25-year-old, albeit intoxicated. Five hours later he was sent away with a smashed kneecap and the advice that he should "have that looked at right away". Although he was unable to bear weight on the leg, he managed to get himself to the hospital where he was operated upon that day and several times subsequently. It is unlikely that he will ever regain full movement in the knee.

In spite of the occurrence of what must be an unusual event — however the broken kneecap might have occurred — none of the seven officers and custodial guards who testified that they were on duty at the time, could recall anything at all out of the ordinary happening that morning.

The report concludes with the following passages:

This case is disturbing to the Board for a number of reasons. First and foremost: it is clear that between the time he arrived in the jail at about 5:00 a.m. on Sept. 30, 1983, and a time about half an hour later, Mr. Jacobsen suffered a severe injury. Despite some suggestions by several witnesses that it may have been incurred as a result of a fight in the cell or a fall while shuffling with his pants around his knees, there is nothing to corroborate either of these theories and no reason to disbelieve the testimony of Mr. Rice [who had been in the holding cell with Jacobsen]. The Board therefore is of the view that the injury was caused to Mr. Jacobsen by the actions of one or more of the persons on duty in the jail that night. However, it is quite true as submitted by Mr. Hall [counsel for Corporal Nixon], that there is no reliable evidence of identification on which to base a finding of guilt against any individual officer.

## II

Jugements*Rapport du comité d'enquête publique de la Commission de police de Vancouver*

Madame Kathleen Keating, présidente du comité d'enquête publique créé aux termes de l'art. 40 de la *Police Act*, par suite de la plainte de Jacobsen, fait les observations suivantes dans son rapport:

[TRADUCTION] Il s'agit de l'affaire la plus troublante dont a été saisi ce comité. Elle concerne un jeune homme qui a été arrêté et amené en prison parce qu'on considérait qu'il était dans un état d'ébriété trop avancé pour s'occuper de lui-même après que le conducteur de la voiture dans laquelle il prenait place eut été arrêté pour conduite avec facultés affaiblies.

Agé de 25 ans et en bonne santé, quoiqu'en état d'ébriété, il est arrivé à la prison vers 5 h le matin du 30 septembre 1983. Cinq heures plus tard, il a été remis en liberté alors qu'il souffrait d'une fracture de la rotule et on lui a conseillé de «se faire examiner sans délai». Bien qu'il ait été incapable de s'appuyer sur sa jambe, il a réussi à se rendre à l'hôpital où on l'a opéré le jour même et plusieurs fois par la suite. Il est peu probable que son genou retrouve jamais sa pleine mobilité.

Bien qu'il se soit produit un événement qui ne peut être qu'inusité, quelle que soit la manière dont la rotule a pu être fracturée, aucun des sept agents et gardiens ayant déposé qu'ils étaient en fonction à ce moment-là, ne pouvait se souvenir que quelque chose d'inhabituel était arrivé ce matin-là.

Le rapport se termine par les passages suivants:

[TRADUCTION] Cette affaire trouble la Commission pour un certain nombre de raisons. D'abord et avant tout, il est évident que, entre le moment où il est arrivé à la prison vers 5 h le 30 septembre 1983 et environ une demi-heure plus tard, M. Jacobsen a subi une blessure grave. Malgré certaines hypothèses avancées par plusieurs témoins selon lesquelles cette blessure aurait pu survenir par suite d'une bagarre dans la cellule ou d'une chute alors que M. Jacobsen se déplaçait avec son pantalon aux genoux, rien ne les corrobore et il n'y a aucun motif de ne pas ajouter foi au témoignage de M. Rice [qui était dans la même cellule que Jacobsen]. Par conséquent, la Commission est d'avis que la blessure subie par M. Jacobsen a été causée par les actes d'au moins une personne en fonction dans la prison cette nuit-là. Toutefois, il est tout à fait vrai, comme le soutient M<sup>e</sup> Hall [l'avocat du caporal Nixon], qu'il n'y a

That leads to the second area of concern. It may be that no better identification could have been obtained in any event. But it is possible that proper identification evidence could have been obtained had another lineup procedure been used and used early in the investigation. The photo lineup that was introduced in evidence seemed very unsatisfactory, given the quality and age of some of the photos. The practice of having a group of officers attend in the courtroom and requiring the witness to inspect them there also is inappropriate. There are good reasons for conducting lineups in a proper setting under controlled circumstances and those reasons do not cease to apply when police officers are the accused.

Thirdly, there was on the night in question a breakdown in the record keeping procedures which ought to have been in effect in the jail. Corporal Nixon stated to the Investigating Officer that the nursing staff mentioned that they would be bringing up an icepack for a prisoner with a swollen knee. Yet he did not ensure that an appropriate notation was made in the logbook. Guard O'Hara passed the ice pack to the prisoner but did not ensure that a logbook entry was made. Notes that should have alerted jail staff, if they had been previously unaware of any incident, were made by the nurse doing rounds at 5:30 a.m. and by the second nurse five hours later. Those notes, or the observations contained in them, were never communicated to jail staff.

Fourthly, it is unacceptable that a prisoner should be released from the jail in the condition that Mr. Jacobsen was without so much as an offer to telephone for a taxi to take him to hospital.

Given the circumstances outlined above, the Board approves the decision of the disciplinary authority to take no action against Corporal Nixon.

However, the matter cannot rest there. A serious injury has occurred and no plausible explanation has been given except one which involves two or more officers in serious breaches of the Discipline Code. That explanation also leads to the inescapable conclusion that at least some of those officers who testified are involved in "covering up" the events of that night. To leave it at that would seriously undermine the integrity of the

aucun élément de preuve fiable en matière d'identification permettant de conclure à la culpabilité d'un agent en particulier.

Cela nous amène à la seconde source d'inquiétude. Il se peut que, de toute façon, il n'ait pas été possible d'obtenir une meilleure identification. Toutefois, il se peut qu'une preuve appropriée en matière d'identification aurait pu être obtenue s'il y avait eu une autre séance d'identification au début de l'enquête. La séance d'identification au moyen de photographies qui a été présentée en preuve n'a pas semblé très satisfaisante étant donné la qualité et l'âge de certaines des photos. La pratique selon laquelle le témoin doit examiner un groupe d'agents présents dans la salle d'audience n'est également pas appropriée. Il y a de bonnes raisons pour que les séances d'identification aient lieu dans un contexte approprié, dans des circonstances contrôlées, et ces raisons ne cessent pas de s'appliquer lorsque des policiers sont accusés.

Troisièmement, il y a une lacune dans les inscriptions qui auraient dû être portées au registre de la prison la nuit en question. Le caporal Nixon a déclaré à l'agent enquêteur qu'un membre du personnel infirmier a mentionné qu'on apporterait de la glace pour un prisonnier dont le genou était enflé. Toutefois il n'a pas veillé à ce que cela soit correctement inscrit dans le registre. Le gardien O'Hara a donné la glace au prisonnier, mais n'a pas veillé à ce que ce soit inscrit dans le registre. Les inscriptions qui auraient dû alerter le personnel de la prison, à supposer qu'il n'ait pas été déjà au courant d'un incident quelconque, ont été faites par l'infirmière de garde à 5 h 30 et par la deuxième infirmière, cinq heures plus tard. Ces inscriptions ou les observations qu'elles contiennent n'ont jamais été communiquées au personnel de la prison.

Quatrièmement, il est inacceptable qu'un prisonnier soit remis en liberté dans l'état où se trouvait M. Jacobsen sans qu'au moins on lui offre d'appeler un taxi pour le conduire à l'hôpital.

Étant donné les circonstances soulignées précédemment, la Commission approuve la décision du comité de discipline de ne prendre aucune mesure contre le caporal Nixon.

Toutefois, on ne peut en rester là. Une blessure grave a été causée et aucune explication plausible n'a été donnée si ce n'est qu'au moins deux agents auraient commis de graves infractions au code de discipline. Cette explication entraîne également la conclusion inévitable qu'au moins certains parmi les agents qui ont témoigné ont participé au «camouflage» des événements qui se sont déroulés cette nuit-là. Si on en restait là, l'intégrité du

department in the eyes of the public which it serves and, we believe, in the eyes of its own members.

Therefore, the Board would ask the Chief Constable to undertake a review of this matter for the purpose of concluding: first, what actually happened to Mr. Jacobsen on the night in question; and secondly, who was involved in that incident and in the subsequent cover up. Alternatively, it may be that the Chief Constable may prefer such a review to be undertaken by the British Columbia Police Commission and this would be satisfactory to the Board.

#### *British Columbia Supreme Court*

Before the Chambers Judge, Legg J., the six petitioning police officers claimed that the primary purpose of the Commission appointed under the Order in Council was to investigate whether particular offences occurred and if so, who was responsible; they submitted that the Order in Council required the commissioners to investigate whether the petitioners assaulted Jacobsen, whether they aided and abetted in his assault and whether they committed perjury when giving evidence at the Vancouver Police Board Inquiry; they said the Commission's terms of reference set out in the Order in Council exceeded the province's jurisdiction under s. 92(14) and (16) of the *Constitution Act, 1867* and invaded the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada under s. 91(27) of that Act. In support of the petitioners' position, counsel relied upon the decisions of the Ontario Court of Appeal in *Re Nelles and Grange* (1984), 9 D.L.R. (4th) 79, and *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 & 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694, and the decision of this Court in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206.

Counsel for the Attorney General of British Columbia acknowledged that the purpose of the Commission was to investigate allegations of unlawful behaviour and the identity of those who inflicted the injuries but contended that this was within the province's legislative authority under s. 92(14) and (16) of the *Constitution Act, 1867*. He submitted that the Order in Council was authorized by the British Columbia *Inquiry Act*. Section 8 of that Act authorizes the holding of an inquiry

service serait gravement diminuée aux yeux du public qu'il sert et, à notre avis, aux yeux de ses propres membres.

Par conséquent, la Commission est d'avis de demander au directeur de la police d'entreprendre un examen de l'affaire aux fins d'établir, premièrement, ce qui est réellement arrivé à M. Jacobsen la nuit en question, et deuxièmement, qui est impliqué dans cet incident et dans le camouflage subséquent. Par ailleurs, il se peut que le directeur de la police préfère qu'un tel examen soit effectué par la Commission de police de la Colombie-Britannique, ce qui satisferait la Commission.

#### *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Devant le juge en chambre Legg, les six policiers requérants ont soutenu que l'objet premier de la commission constituée aux termes du décret était d'examiner si certaines infractions précises s'étaient produites et, dans l'affirmative, de déterminer qui était responsable; ils ont soutenu que le décret exigeait que les commissaires enquêtent pour déterminer si les requérants avaient agressé Jacobsen, s'ils avaient aidé ou encouragé à commettre l'agression et s'ils s'étaient parjurés en témoignant à l'enquête de la Commission de police de Vancouver; ils ont dit que le mandat de la Commission énoncé dans le décret outrepassait la compétence de la province aux termes des par. 92(14) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et empiétait sur le pouvoir législatif exclusif que le par. 91(27) de cette loi confère au Parlement du Canada. À l'appui de la position des requérants, l'avocat a invoqué les arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario *Re Nelles and Grange* (1984), 9 D.L.R. (4th) 79, et *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 & 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694, ainsi que l'arrêt de cette Cour *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206.

Le substitut du procureur général de la Colombie-Britannique a reconnu que le but de la Commission était d'enquêter sur les allégations de comportement illégal et sur l'identité de ceux qui ont infligé les blessures, mais il a soutenu que cela relevait de la compétence législative que possède la province en vertu des par. 92(14) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a soutenu que le décret était autorisé par l'*Inquiry Act* de la Colombie-Britannique. L'article 8 de cette loi autorise la

into "the administration of justice". He argued that there could be no doubt that the inquiry, aimed at determining the circumstances surrounding the treatment of a prisoner in the hands of the provincially constituted police force governed by the *Police Act*, was one involving the "administration of justice". The conduct of provincial police in the exercise of their duties was clearly a matter within s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* and "the Administration of Justice in the Province". Counsel for the Attorney General further submitted that the passage from the reasons in *Nelles* relied upon by counsel for the petitioners was *obiter dicta* and not binding, and that the Court was bound by the decision of the Court of Appeal of British Columbia in *Re Public Inquiries Act* (1919), 48 D.L.R. 237 to hold that it is open to the province to establish a commission to report on specific activity which may impose criminal or civil liability on the part of a named person. Counsel argued that the constitutional restraint suggested by the Ontario Court of Appeal in *Nelles* was wrong and that there was no constitutional impediment to a province's authorizing an inquiry into the commission of crimes and to name names of offenders. Counsel relied as well on *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218 ("Keable No. 1"); *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; and *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60 ("Keable No. 2"), for the proposition that the inquiry was within the constitutional jurisdiction of the province.

After a lengthy review of the case law, Legg J. stated (at p. 505):

I have considered the effect of the release on the same day of the reasons in *Keable No. 2* and the reasons in the *Canadian National* case. Although the reasons of Chief Justice Laskin in *Canadian National* in fully endorsing the reasons of Mr. Justice Martin in *Hoffmann-La Roche* appear to place a limitation on the *Keable* decisions, there is no statement by the court in *Canadian National* which expressly disclaims the result

tendue d'une enquête sur [TRADUCTION] «l'administration de la justice». Il a soutenu qu'il ne pouvait y avoir de doute que l'enquête, qui visait à déterminer les circonstances entourant le traitement d'un prisonnier entre les mains d'un corps de police constitué par la province et régi par la *Police Act*, portait sur «l'administration de la justice». La conduite des membres de la police provinciale dans l'exercice de leurs fonctions était clairement une question qui relevait du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de «l'administration de la justice dans la province». Le substitut du procureur général a en outre soutenu que le passage des motifs de l'arrêt *Nelles* sur lequel s'est fondé l'avocat des requérants constituait une opinion incidente et n'avait pas force obligatoire, et que la Cour était tenue, en vertu de l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *Re Public Inquiries Act* (1919), 48 D.L.R. 237, de conclure qu'il est loisible à la province d'établir une commission chargée de faire rapport sur une activité précise qui peut imposer une responsabilité criminelle ou civile à une personne désignée. Le substitut a soutenu que la restriction conditionnelle proposée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Nelles* était erronée et qu'il n'y avait aucun obstacle constitutionnel à ce qu'une province autorise une enquête sur la perpétration de crimes et à ce qu'elle donne le nom des contrevenants. Le substitut s'est fondé également sur les arrêts *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9, *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218 («Keable n° 1»), *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, et *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60 («Keable n° 2»), pour appuyer l'argument selon lequel l'enquête relevait de la compétence constitutionnelle de la province.

Après avoir longuement passé en revue la jurisprudence, le juge Legg a dit (à la p. 505):

[TRADUCTION] J'ai examiné l'effet de la publication le même jour des motifs de l'arrêt *Keable n° 2* et de l'arrêt *Transports Nationaux*. Bien que les motifs du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Transports Nationaux*, qui approuvent entièrement les motifs du juge Martin dans *Hoffmann-La Roche*, semblent imposer une restriction aux arrêts *Keable*, il n'y a aucune déclaration de la Cour dans l'arrêt *Transports Nationaux*, qui désa-

pronounced by the court in *Keable* No. 1 pronounced by Mr. Justice Pigeon at p. 67 C.C.C., p. 179 D.L.R., and which I have quoted, *ante*, p. 503 of these reasons. Indeed the decision in *Keable* No. 1 is not referred to by the court in *Canadian National*. Moreover *Canadian National* was not concerned with the constitutional validity of a provincially enacted Order in Council. Rather it was concerned with whether it was within the competence of the Parliament of Canada to enact legislation (s. 2 of the *Criminal Code* and s. 15 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23) to authorize the Attorney-General of Canada to prefer indictments and conduct proceedings in respect of alleged violations of that Act. I have therefore concluded that I am bound to apply the reasoning in the decision in *Keable* No. 1 and *Keable* No. 2 to the case at bar.

Applying those cases, he concluded (at p. 506):

In my respectful opinion, when the text of the whole Order in Council is examined in the context of the surrounding circumstances the inquiry which is authorized by the Order in Council may be fairly categorized as one which in pith and substance is an inquiry into the administration of justice in the province. The Order in Council is similar to the Order in Council in *Keable* No. 1. The reasoning of the decision of the Supreme Court of Canada in *Keable* No. 1 is applicable and particularly the passage at p. 67 C.C.C., p. 179 D.L.R., of the reasons of Mr. Justice Pigeon which I have quoted earlier upholding the validity of the Commissioner's mandate "to the extent that it is for an inquiry into specific criminal activities". The Order in Council is also in accord with the reasoning of the Supreme Court in *Keable* No. 2 which I have quoted, *ante*, p. 504 of these reasons where Mr. Justice Beetz stated "... a province can investigate the allegedly illegal or reprehensible behaviour of a police force within its constitutional jurisdiction, as well as the allegedly illegal actions of any peace officer".

For these reasons I consider that the Order in Council is within the legislative competence of the province. The arguments advanced by the petitioners contending that the inquiry is an invasion of the legislative authority of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* are rejected.

Legg J. went on to dismiss the appellants' claim (since abandoned) that the inquiry would contravene ss. 7, 11(h) and 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In so doing he said (at p. 507):

vous expressément la décision rendue par le juge Pigeon dans l'arrêt *Keable* n° 1 à la p. 67 des C.C.C. et à la p. 179 des D.L.R., et que j'ai citée plus haut à la p. 503 des présents motifs. En fait, la Cour ne mentionne pas l'arrêt *Keable* n° 1 dans l'arrêt *Transports Nationaux*. De plus, l'arrêt *Transports Nationaux* ne portait pas sur la constitutionnalité d'un décret pris par une province. Il s'agissait plutôt de savoir si le Parlement du Canada avait compétence pour adopter des mesures législatives (art. 2 du *Code criminel* et art. 15 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23) autorisant le procureur général du Canada à présenter des actes d'accusation et à intenter des poursuites relativement à de présumées violations de cette loi. J'en suis donc venu à la conclusion que je suis tenu d'appliquer à l'espèce le raisonnement des arrêts *Keable* n° 1 et *Keable* n° 2.

En appliquant ces arrêts, il a conclu (à la p. 506):

[TRADUCTION] À mon avis, lorsqu'on examine l'ensemble du texte du décret en fonction des circonstances qui l'entourent, l'enquête qu'il autorise peut à juste titre être classée comme une enquête qui, de par son caractère véritable, porte sur l'administration de la justice dans la province. Le décret est semblable à celui examiné dans l'arrêt *Keable* n° 1. Le raisonnement adopté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Keable* n° 1 s'applique et plus particulièrement le passage, tiré de la p. 67 des C.C.C. et de la p. 179 des D.L.R., des motifs du juge Pigeon que j'ai cité précédemment, où l'on maintient la validité du mandat du commissaire «dans la mesure où il s'agit d'une enquête sur des activités criminelles spécifiées». Le décret est également conforme au raisonnement adopté par la Cour suprême dans l'arrêt *Keable* n° 2 que j'ai cité à la p. 504 des présents motifs, où le juge Beetz déclare: «... une province peut faire enquête sur le comportement présumément illégal ou répréhensible de corps de police relevant de sa compétence constitutionnelle de même que sur le comportement présumément illégal de tout agent de la paix».

Pour ces motifs, je suis d'avis que le décret relève de la compétence législative de la province. Les arguments présentés par les requérants selon lesquels l'enquête constitue un empiétement sur le pouvoir législatif du Parlement du Canada aux termes du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont rejetés.

Le juge Legg a ensuite rejeté l'argument des appellants (abandonné depuis lors) selon lequel l'enquête contreviendrait aux art. 7 et 13 ainsi qu'à l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ainsi, il a dit (à la p. 507):

I agree with counsel for the Attorney-General that the commission of inquiry appointed by the Order in Council is a recommendatory not an adjudicative body. It will report findings to the Lieutenant Governor in Council. It will make no determinations as to guilt or innocence or civil or criminal liability. It cannot terminate the employment or otherwise discipline any person. Nor will its report necessarily lead to any subsequent proceedings against anyone. That being so, it cannot be said that the inquiry will deprive any person of liberty or security of the person . . . .

adding:

It cannot be presumed that the proceedings before the commissioners appointed under the Order in Council will not be in accordance with the "principles of fundamental justice". Rather, it must be presumed that they will be. If they are not, they may be susceptible to judicial review at an appropriate juncture.

#### *British Columbia Court of Appeal*

Seaton J.A. (Craig and Esson J.J.A. concurring) delivered oral reasons dismissing the appeal. He stated (at p. 94):

The reasons of Mr. Justice Legg are complete and detailed. I agree with him that this inquiry is not an investigation of a crime, but an investigation of the administration of justice in British Columbia. That conclusion is in accordance with the decisions of the Supreme Court of Canada.

He added:

There was something very wrong at the Vancouver Police Station that night. Justice cannot be properly administered until what happened in this case is discovered, because only then can steps be taken to ensure that it does not happen again. As well, public confidence in the administration of justice is threatened by what has happened here. A public inquiry is necessary so that the public will know that this matter is being dealt with. Incidental to the inquiry, evidence might be discovered that would lead to charges being laid. That possibility does not make the inquiry *ultra vires*. I agree with Mr. Justice Legg. I would dismiss the appeal.

[TRADUCTION] Je conviens avec le substitut du procureur général que la commission d'enquête établie aux termes du décret est un organisme doté de pouvoirs de recommandation et non de pouvoirs de décision. Elle fera rapport de ses conclusions au lieutenant-gouverneur en conseil. Elle ne prendra aucune décision quant à la culpabilité ou à l'innocence ni quant à la responsabilité civile ou criminelle. Elle ne peut ni mettre fin à l'emploi ni imposer autrement une mesure disciplinaire à une personne. Son rapport n'entraînera pas nécessairement des procédures subséquentes contre qui que ce soit. Ainsi, on ne peut dire que l'enquête portera atteinte à la liberté ou à la sécurité d'une personne . . .

Pour ensuite ajouter:

[TRADUCTION] On ne peut présumer que les procédures qui se dérouleront devant les commissaires nommés aux termes du décret ne seront pas conformes aux «principes de justice fondamentale». Il faut plutôt présumer qu'elles le seront. Si ce n'est pas le cas, elles pourront faire l'objet d'un examen judiciaire à un moment opportun.

#### *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique*

Le juge Seaton (à l'opinion duquel ont souscrit les juges Craig et Esson) a prononcé oralement des motifs rejetant l'appel. Il a dit (à la p. 94):

[TRADUCTION] Les motifs du juge Legg sont complets et détaillés. Je conviens avec lui que cette enquête porte non pas sur un crime, mais sur l'administration de la justice en Colombie-Britannique. Cette conclusion est conforme aux arrêts de la Cour suprême du Canada.

Il a ajouté:

[TRADUCTION] Quelque chose de très grave s'est produit au poste de police de Vancouver cette nuit-là. La justice ne pourra être correctement administrée que lorsqu'on aura découvert ce qui s'est produit dans cette affaire, parce que c'est seulement à ce moment-là que des mesures pourront être prises pour veiller à ce que cela ne se reproduise plus. De même, ce qui est arrivé en l'espèce est susceptible de diminuer la confiance du public dans l'administration de la justice. Une enquête publique est nécessaire pour que le public sache que l'on s'occupe de cette affaire. Accessoirement à l'enquête, on pourrait découvrir des éléments de preuve qui permettraient de porter des accusations. Cette possibilité ne rend pas l'enquête *ultra vires*. Je suis d'accord avec le juge Legg. Je suis d'avis de rejeter l'appel.

## III

The Constitutional Question

On April 13, 1987, the constitutional question in this appeal was stated as follows:

Is Order in Council No. 590 promulgated March 19, 1986 *ultra vires* the province of British Columbia in whole or in part by reason of being legislation in relation to the Criminal Law including the procedure in criminal matters pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

The Attorneys General of Ontario, Quebec, New Brunswick and Alberta intervened in the appeal in support of the Attorney General of British Columbia. The Attorney General of Canada did not take any position in the appeal.

## IV

The Law

Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* grants to provincial legislatures the authority to pass laws in relation to "The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts". It has long been established by this Court that a province is responsible for, and has control and supervision of, law enforcement in the province with respect to provincial legislation and criminal law as defined by the federal Parliament. Duff C.J., in *Reference Re the Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, referred to provincial responsibility in this area as extending to "the policing of the country, the execution of the criminal law, the suppression of crime and disorder". Provincial responsibility for the "administration of justice" was more recently interpreted by Beetz J. in his concurring judgment in *Di Iorio, supra*, at p. 223 as follows:

Before Confederation, the provinces were in charge of the administration of justice, including criminal justice. It was contemplated by s. 91(27) of the *British North*

## III

La question constitutionnelle

Le 13 avril 1987, la question constitutionnelle <sup>a</sup> suivante a été formulée relativement au présent pourvoi:

Le décret n° 590 promulgué le 19 mars 1986 outrepassait-il, en totalité ou en partie, la compétence de la province de la Colombie-Britannique pour le motif qu'il s'agit d'un texte législatif concernant le droit criminel, y compris la procédure en matière criminelle, au sens du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Les procureurs généraux de l'Ontario, du Québec, du Nouveau-Brunswick et de l'Alberta sont intervenus en l'espèce pour appuyer le procureur général de la Colombie-Britannique. Le procureur général du Canada n'a pas pris position dans le pourvoi.

## IV

Le droit

Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux législatures provinciales le pouvoir d'adopter des lois concernant «l'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle, y compris la procédure en matière civile devant ces tribunaux». Cette Cour a établi depuis longtemps qu'une province est responsable de l'application du droit dans la province et est chargée du contrôle et de la surveillance de l'application du droit dans la province en ce qui a trait aux lois provinciales et au droit criminel défini par le Parlement fédéral. Le juge en chef Duff a affirmé, dans le renvoi *Reference Re the Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, que la responsabilité des provinces en la matière s'étendait à [TRADUCTION] «la police du pays, l'application du droit criminel, l'élimination du crime et des troubles de l'ordre public». La responsabilité provinciale en matière d'«administration de la justice» a été interprétée plus récemment ainsi par le juge Beetz dans les motifs concordants qu'il a rédigés dans l'arrêt *Di Iorio*, précité, à la p. 223:

Avant la Confédération, l'administration de la justice, y compris l'administration de la justice en matière criminelle, était l'affaire des provinces. Au paragraphe (27)

*America Act, 1867*, that criminal law, substantive and procedural, would come under the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada. But subject to this provision and to the paramountcy of federal law enacted under primary or ancillary federal jurisdiction, the provinces were to remain responsible in principle for the enforcement of criminal law and to retain such power as they had before with respect to the administration of criminal justice. They continued in fact to police their respective territories, to investigate crime, to gather and to keep records and informations relating to crime, to prosecute criminals and to supervise police forces, sheriffs, coroners, fire commissioners, officers of justice, the summoning of juries, recognizances in criminal cases, and the like. [Emphasis added.]

Legg J. of the British Columbia Supreme Court indicated the general nature and effect of major cases on point and in my opinion correctly concluded that, despite Parliament's exclusive jurisdiction over criminal law and criminal procedure, s. 92(14) authorizes a province to establish an inquiry to investigate and report on alleged wrongdoings committed by members of a police force under its jurisdiction, and to enable such an inquiry to conduct compulsory examinations of witnesses.

I agree with the judgments of the British Columbia courts. I say this for two main reasons. First, it is well established that pursuant to s. 92(14) a province may create a commission or inquiry and, in certain circumstances at least, arm such a body with coercive investigatory powers. In *Faber*, for example, a majority of this Court held that a province may equip a coroner with coercive investigatory powers. Subsequent decisions of this Court have applied the *Faber* principle to uphold provincial inquiries into alleged police wrongdoing. See *Di Iorio*; *Keable No. 1*; *Attorney General of Alberta v. Putnam*, [1981] 2 S.C.R. 267; and *Keable No. 2*. See also the judgment of the Manitoba Court of Appeal in *Kelly & Sons v. Mathers* (1915), 23 D.L.R. 225 at p. 247, per Cameron J.A. In *Keable No. 1*, for example, Pigeon J. held that a province, under s. 92(14), is

de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867, on a prévu que le droit criminel, tant les questions de fond que de procédure, relèverait de l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada. Mais sous réserve de cette disposition et de la primauté des lois fédérales adoptées en vertu des pouvoirs inhérents ou accessoires du Parlement, les provinces devaient demeurer responsables en principe de l'application du droit criminel et conserver la compétence qu'elles possédaient jusque-là sur l'administration de la justice en matière criminelle. Elles ont effectivement continué à maintenir l'ordre sur leur territoire respectif, à enquêter sur les crimes, à recueillir des renseignements et constituer des dossiers en cette matière, à poursuivre les criminels et à contrôler les corps de police, les shérifs, les coroners, les commissaires aux incendies, les fonctionnaires de la justice, la convocation des jurés, les engagements dans les cours criminelles et autres matières semblables. [Je souligne.]

Le juge Legg de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a indiqué la nature générale et l'effet des principales décisions sur ce point et, à mon avis, a conclu à bon droit que, malgré la compétence exclusive dont jouit le Parlement relativement au droit criminel et à la procédure en matière criminelle, le par. 92(14) autorise une province à établir une commission pour enquêter et faire rapport sur des méfaits qu'auraient commis des membres d'un corps de police qui relève de sa compétence et pour permettre à une telle commission d'obliger les témoins à déposer.

Je suis d'accord avec les décisions des tribunaux de la Colombie-Britannique et ce pour deux raisons principales. Premièrement, il est bien établi que, conformément au par. 92(14), une province peut créer une commission ou un organisme d'enquête et, dans certaines circonstances du moins, les doter de pouvoirs d'enquête coercitifs. Par exemple, dans l'arrêt *Faber*, cette Cour a conclu à la majorité qu'une province pouvait donner au coroner des pouvoirs d'enquête coercitifs. Dans des arrêts subséquents, cette Cour a appliqué le principe énoncé dans l'arrêt *Faber* pour confirmer la validité d'enquêtes provinciales portant sur de présumés méfaits de la police. Voir *Di Iorio*, *Keable n° 1*, *Procureur général de l'Alberta c. Putnam*, [1981] 2 R.C.S. 267, et *Keable n° 2*. Voir également l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba *Kelly & Sons v. Mathers* (1915), 23 D.L.R. 225 à la



entitled to establish an inquiry into certain, specific, allegedly criminal activities of federal police officers, although it could not intrude into the management of a federal police force. He stated, at p. 242, that R.C.M.P. officers “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”. In *Putnam*, the Court was faced with the issue whether the Alberta *Police Act, 1973*, S.A. 1973, c. 44 (now R.S.A. 1980, c. P-12), and its provisions respecting discipline and supervision could be said to constitutionally apply to provide a procedure whereby discipline could be meted out to R.C.M.P. officers who had engaged in activities outside the scope of police services contracted for by the province. Laskin C.J., for a majority of the Court, held that the disciplining of R.C.M.P. was an exclusive federal responsibility. In *Putnam*, the concern was not so much the potential of provincial usurpation of criminal evidence and procedure, but rather provincial interference in federal organizations.

Since *Keable No. 1* and *Putnam*, then, it is clear that the boundaries of the “administration of justice” do not include the discipline, organization and management of the R.C.M.P. In my dissent in *Putnam* I sought to make clear, however, that the “administration of justice” does include the organization and management of police forces created by provincial legislation. As I stated at p. 279:

It has never been doubted that constitutionally the phrase “Administration of Justice in the Province” included responsibility for providing general policing services. Thus it is clear that the province can appoint, control and discipline municipal and provincial police officers.

p. 247, le juge Cameron. Par exemple, dans l'arrêt *Keable n° 1*, le juge Pigeon a conclu qu'aux termes du par. 92(14) une province a le droit d'instituer une enquête sur certaines activités précises présumément criminelles d'agents de la police fédérale, bien qu'elle ne puisse pas s'ingérer dans la gestion d'un corps de police fédéral. Il a dit, à la p. 242, que le personnel de la G.R.C. «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 deux comme par toute autre personne». Dans l'arrêt *Putnam*, la Cour était saisie de la question de savoir si la *Police Act, 1973*, S.A. 1973, chap. 44 (maintenant R.S.A. 1980, chap. P-12), et ses dispositions en matière de discipline et de surveillance pouvaient s'appliquer constitutionnellement afin de prévoir une procédure permettant d'imposer des mesures disciplinaires aux agents de la G.R.C. qui avaient exercé des activités outrepassant le cadre des services de police pour lesquels un contrat avait été passé avec la province. Le juge en chef Laskin, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a conclu que l'imposition de mesures disciplinaires à la G.R.C. était un domaine de responsabilité fédérale exclusive. Dans l'arrêt *Putnam*, on ne se préoccupait pas tant de la possibilité d'un empiétement provincial sur la preuve et la procédure en matière criminelle, que de l'intervention provinciale dans des organismes fédéraux.

Alors, depuis les arrêts *Keable n° 1* et *Putnam*, il est évident que les limites de «l'administration de la justice» ne comprennent pas les mesures disciplinaires, l'organisation et la gestion de la G.R.C. Toutefois, dans les motifs de dissidence que j'ai rédigés dans l'affaire *Putnam*, j'ai tenté d'établir clairement que «l'administration de la justice» comprend l'organisation et la gestion des corps de police créés par des lois provinciales. Comme je l'ai dit, à la p. 279:

Il n'a jamais fait de doute que du point de vue constitutionnel l'expression «administration de la justice dans la province» comporte la responsabilité de fournir des services généraux de police. Il est donc évident que la province peut nommer et surveiller les agents de police municipaux et provinciaux et prendre contre eux des mesures disciplinaires.

On this point, I did not understand any other member of the Court to disagree. *Putnam* thus illustrates that the scope of a provincial inquiry into provincial police wrongdoing is greater than an equivalent provincial inquiry into federal police forces. One of the concerns in this area — provincial intrusion into the management of a federal organization — is absent.

It is true that the authority to establish such an inquiry is not without limits. A province must respect federal jurisdiction over criminal law and criminal procedure. For example, a province may not compel a person charged with a criminal offence to testify as a witness before a provincial inquiry into the circumstances giving rise to that charge: *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465. Nor may a province enact legislation enabling a police officer to summon a suspect before an official and submit that suspect to a compulsory examination under oath with respect to his involvement in a crime solely for the purpose of gathering sufficient evidence to lay criminal charges. See *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, *supra*. In addition, a province may not rely on its jurisdiction over the "Administration of Justice in the Province" to intrude into the management of a federal organization. Thus, it is beyond the competence of a province to authorize an inquiry, concerned with investigating allegations of illegal or reprehensible acts by various police forces, including the R.C.M.P., to extend its inquiry into the administration and management of that police force: see *Keable No. 1* and *Putnam*. Despite these limitations, however, the jurisprudence of this Court leaves little doubt, if any, that a province in certain circumstances may endow provincial commissions of inquiry with coercive investigatory powers.

Secondly, I am of the view that those circumstances are present in the case at bar. Section 92(14) not only authorizes the establishment of provincial commissions of inquiry in certain cir-

Sur ce point, je crois que la Cour est unanime. Donc, l'arrêt *Putnam* montre que la portée d'une enquête provinciale sur des méfaits de la police provinciale est plus grande que celle d'une enquête provinciale équivalente sur des corps de police fédéraux. On ne retrouve pas l'une des préoccupations dans ce domaine, savoir l'ingérence de la province dans la gestion d'un organisme fédéral.

<sup>b</sup> Il est vrai que le pouvoir d'établir une telle commission d'enquête n'est pas sans limites. Une province doit respecter la compétence fédérale relative au droit criminel et à la procédure en matière criminelle. Par exemple, une province ne peut obliger une personne accusée d'une infraction criminelle à témoigner devant une commission d'enquête provinciale relativement aux circonstances à l'origine de cette accusation: *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465. Une province ne peut pas non plus adopter des mesures législatives habilitant un agent de police à citer un suspect devant les autorités et à le soumettre à un interrogatoire obligatoire sous serment en ce qui a trait à son implication dans un crime, aux seules fins d'obtenir suffisamment d'éléments de preuve pour porter des accusations criminelles. Voir *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, précité. De plus, une province ne peut se fonder sur sa compétence en matière d'administration de la justice dans la province pour s'ingérer dans la gestion d'un organisme fédéral. La province n'a donc pas compétence pour autoriser une commission d'enquête, chargée de faire enquête sur des allégations d'actes illégaux ou répréhensibles de la part de divers corps policiers, y compris la G.R.C., à étendre son enquête à l'administration et à la gestion de ce corps de police: voir les arrêts *Keable n° 1* et *Putnam*. Toutefois, malgré ces restrictions, la jurisprudence de cette Cour établit clairement que, dans certaines circonstances, une province peut doter les commissions d'enquête provinciales de pouvoirs d'enquête coercitifs.

Deuxièmement, je suis d'avis que ces circonstances sont présentes en l'espèce. Le paragraphe 92(14) autorise non seulement la création de commissions d'enquête provinciales dans certaines cir-

cumstances, but also grounds provincial jurisdiction over the appointment, control and discipline of municipal and provincial police officers. Such was recognized unanimously by this Court in *Keable No. 2*. Beetz J. at p. 79 stated this principle in the following terms:

The mandate of respondent Commissioner is concerned not with the powers, duties and capacities of peace officers as determined by the criminal law, but with the manner in which they were in fact exercised in the circumstances described in the mandate. These are matters which fall within the administration of justice and which cover the discipline of police forces and their members. *Saulnier v. Quebec Police Commission*, [1976] 1 S.C.R. 572, is an illustration of this. In *Attorney General of Alberta v. Putnam*, [1981] 2 S.C.R. 267, this Court held that a province does not have the power to take disciplinary action against R.C.M.P. officers assigned to local police duties, but it implicitly recognized as axiomatic that a province has such a power over provincial and municipal police officers. Dickson J., dissenting, but not on this particular point, wrote at p. 279:

Thus it is clear that the province can appoint, control and discipline municipal and provincial police officers.

By the same reasoning, a province can investigate the allegedly illegal or reprehensible behaviour of a police force within its constitutional jurisdiction, as well as the allegedly illegal actions of any peace officer. [Emphasis added.]

Counsel to O'Hara submits that the Order in Council at bar is quite simply not the same in its pith and substance as the one in *Keable No. 1* and *Keable No. 2*. The central purpose of the *Keable* inquiry, it is said, was to investigate police procedures generally, a valid provincial purpose in relation to the administration of justice. It is argued that (i) in *Keable No. 1* and *Keable No. 2* the investigation of specific events was necessary as part of the Commission's broader mandate respecting police procedures generally and (ii) that mandate is completely absent from Order in Council No. 590. It is submitted that while a provincial inquiry may validly consider police conduct in aggregate, it may not inquire into specific events

constances, mais constitue également le fondement du pouvoir provincial en matière de nomination, de surveillance et de discipline des agents de police municipaux et provinciaux. Cette Cour l'a reconnu de façon unanime dans l'arrêt *Keable n° 2*. À la page 79, le juge Beetz énonce ce principe de la manière suivante:

Le mandat du commissaire intimé ne porte pas sur les pouvoirs, devoirs et attributions des agents de la paix tels que déterminés par le droit criminel mais sur la manière dont ils ont pu être exercés en fait dans les circonstances que récite le mandat. Ce sont là des matières qui relèvent de l'administration de la justice et qui comprennent la discipline des corps de police et de leurs membres. L'arrêt *Saulnier c. Commission de police du Québec*, [1976] 1 R.C.S. 572, en est une illustration. Dans *Procureur général de l'Alberta c. Putnam*, [1981] 2 R.C.S. 267, cette Cour a décidé qu'une province ne détient pas le pouvoir de prendre des mesures disciplinaires contre des agents de la G.R.C. affectés à des fonctions de police locale mais elle reconnaît implicitement comme un postulat qu'une province a ce pouvoir relativement aux agents de police provinciaux et municipaux. Le juge Dickson, dissident, mais pas sur ce point précis, écrit à la p. 279:

Il est donc évident que la province peut nommer et surveiller les agents de police municipaux et provinciaux et prendre contre eux des mesures disciplinaires.

Par le même raisonnement, une province peut faire enquête sur le comportement présumément illégal ou répréhensible de corps de police relevant de sa compétence constitutionnelle de même que sur le comportement présumément illégal de tout agent de la paix. [Je souligne.]

L'avocat de O'Hara fait valoir que le décret visé en l'espèce est, de par son caractère véritable, tout à fait différent de celui dont il était question dans les arrêts *Keable n° 1* et *Keable n° 2*. On affirme que l'objet principal de la commission d'enquête dans l'arrêt *Keable* était de faire enquête sur les procédures de la police en général, un objectif provincial régulier relativement à l'administration de la justice. On soutient que (i) dans l'arrêt *Keable n° 1* et dans l'arrêt *Keable n° 2*, l'enquête sur des événements précis était nécessaire dans le cadre du mandat plus large de la commission en ce qui a trait aux procédures de la police en général et (ii) que ce mandat ne figure absolument pas dans le décret n° 590. On soutient que, bien qu'une

of alleged criminal conduct on the part of the police.

As I read the Terms of Reference of the Keable Commission 1977 (see [1979] 1 S.C.R. 218, at pp. 226-27) the Commission was required to investigate and report on four specific events, a certain search, an illegal entry, the setting of a fire and the theft of some dynamite, and the conduct of all persons involved in those acts and events. In respect of one of the events, namely, the search carried out during the night of October 6 to 7, 1972, at 3459 St. Hubert Street in Montréal, the Commission was asked to investigate and report on the discrepancy in the different versions that were given of this search. It is true that the final paragraphs of the mandate in Keable read:

(c) to investigate and report on the methods used during the acts referred to in paragraph (b) and the frequency of their use;

(d) to make recommendations on the measures to be taken to ensure that any illegal or reprehensible acts the Commission uncovers will not be repeated in future; [Emphasis added.]

but I do not regard this as a decisive distinguishing constitutional feature. In *Keable No. 1*, at p. 241 *per* Pigeon J., it was stated:

On the other hand, it appears to me that the majority opinion in *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, is conclusive of the validity of the Commission's mandate to the extent that it is for an inquiry into specific criminal activities. I can see no basis for a distinction between such an inquiry and an inquiry into "organized crime" as in *Di Iorio*, or a coroner's inquiry into a criminal homicide as in *Faber v. The Queen*, or a fire marshal's inquiry into arson as in *Regina v. Coote*. Notwithstanding all the arguments submitted by counsel for the Solicitor General of Canada, I find myself bound by authority to hold that such inquiries come within the scope of "The Administration of Justice in the Province".

commission d'enquête provinciale puisse valablement examiner la conduite de la police dans l'ensemble, elle ne peut pas faire enquête sur des événements précis relativement à une présumée conduite criminelle de la part de la police.

Selon mon interprétation du mandat de la Commission Keable de 1977 (voir [1979] 1 R.C.S. 218, aux pp. 226 et 227), celle-ci était tenue d'enquêter et de faire rapport sur quatre événements précis, une certaine perquisition, une entrée illégale, un incendie et un vol de dynamite, de même que sur le comportement de toutes les personnes impliquées dans ces actes et événements. En ce qui a trait à l'un de ces événements, savoir la perquisition effectuée pendant la nuit du 6 au 7 octobre 1972, au 3459 de la rue Saint-Hubert à Montréal, la Commission était chargée d'enquêter et de faire rapport sur les divergences entre les différentes versions qui avaient été données concernant cette perquisition. Il est vrai que, selon les derniers paragraphes de son mandat, la Commission Keable est chargée:

c) d'enquêter et de faire rapport sur les procédés employés lors des actes visés au paragraphe b) ainsi que la fréquence de leur utilisation;

d) de faire des recommandations sur les mesures à prendre pour éviter que les actes illégaux ou répréhensibles que découvre la Commission ne se reproduisent à l'avenir; [Je souligne.]

Toutefois, je ne considère pas cela comme une caractéristique constitutionnelle décisive permettant d'établir une distinction. Dans l'arrêt *Keable n° 1*, le juge Pigeon affirme, à la p. 241:

D'un autre côté, l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Di Iorio c. Gardien de la prison commune de Montréal* me paraît concluante sur la validité du mandat de la Commission dans la mesure où il s'agit d'une enquête sur des activités criminelles spécifiées. Je ne vois aucune possibilité de distinction entre ce genre d'enquête et une enquête sur le «crime organisé» comme dans l'arrêt *Di Iorio*, ou une enquête de coroner sur un homicide criminel, comme dans l'arrêt *Faber c. La Reine*, ou une enquête de prévôt des incendies sur un incendie criminel comme dans l'arrêt *Regina v. Coote*. Malgré l'argumentation de l'avocat du Solliciteur général du Canada, je me vois obligé par cette jurisprudence de conclure que ces enquêtes relèvent de «l'administration de la justice dans la province».

Similarly, in *Keable No. 2*, it was held that an inquiry into a specific incident of wrongdoing by provincial police relates to the "Administration of Justice in the Province" and was accordingly within provincial legislative competence. Beetz J. at p. 78 stated:

Appellant raised a further argument, namely, that respondent Commissioner's mandate illegally covered specific acts which can only be the subject of a criminal pre-inquiry.

The same argument was raised in *Keable No. 1* but it was dismissed by this Court . . .

I would also dismiss this argument. [Emphasis added.]

A certain degree of overlapping is implicit in the grant to the provinces of legislative authority in respect of the administration of justice and in the grant to Parliament of legislative authority in respect of criminal law and criminal procedure. A matter may well fall within the legitimate concern of a provincial legislature as pertaining to the administration of justice, and may, for another purpose, fall within the scope of federal jurisdiction over criminal law and criminal procedure: *Di Iorio, supra*, at p. 207. Such is the case in the present appeal. The administration of justice in this country is reflected in and ensured by the provision of police services and other enforcement agencies responsible for the investigation, detection and control of crime within the respective provinces. The control and discipline of police forces is also necessary to the administration of justice. Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* includes the administration of criminal justice: *Di Iorio*. A province has a valid and legitimate constitutional interest in determining the nature, source and reasons for inappropriate and possibly criminal activities engaged in by members of police forces under its jurisdiction. At stake is the management of the means by which justice is administered in the province. That such activity may later form the basis of a criminal charge and thus engage federal interests in criminal law and criminal procedure, does not, in my view, undermine this basic principle. As the Attorney General of British Columbia submits, the present inquiry is aimed at getting to the bottom of an incident of police misconduct which has undermined the

De même, dans l'arrêt *Keable n° 2*, on a conclu qu'une enquête sur un méfait précis qu'aurait commis la police provinciale se rapporte à «l'administration de la justice dans la province» et relève donc de la compétence législative provinciale. Le juge Beetz dit, à la p. 78:

Un autre moyen soulevé par l'appelant, c'est que le mandat du commissaire intimé porte illégalement sur des actes spécifiques qui ne peuvent être l'objet que d'une préenquête criminelle.

Le même moyen a été soulevé dans *Keable n° 1* mais cette Cour l'a rejeté . . .

Je rejetterais également ce moyen. [Je souligne.]

Il y a implicitement un certain chevauchement dans l'attribution aux provinces du pouvoir de légiférer en matière d'administration de la justice et dans l'attribution au Parlement du pouvoir de légiférer relativement au droit criminel et à la procédure en matière criminelle. Une matière peut très bien faire légitimement l'objet de mesures législatives provinciales relatives à l'administration de la justice et, pour d'autres fins, relever de la compétence fédérale sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle: *Di Iorio*, précité, à la p. 207. C'est le cas en l'espèce. L'administration de la justice en ce pays est représentée et assurée par la constitution de services de police et d'autres organismes d'exécution de la loi qui sont chargés d'enquêter, de découvrir et de réprimer le crime au sein de leurs provinces respectives. La surveillance des corps de police et la discipline à laquelle ils sont assujettis sont également nécessaires pour l'administration de la justice. Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* comprend l'administration de la justice criminelle: *Di Iorio*. Une province a un intérêt constitutionnel valide et légitime pour déterminer la nature, la source et les motifs des activités répréhensibles, voire criminelles, exercées par les membres des corps de police qui relèvent de sa compétence. C'est la gestion des moyens d'administrer la justice dans la province qui est en jeu. À mon avis, le fait qu'une telle activité puisse par la suite constituer le fondement d'une accusation criminelle et ainsi toucher les intérêts du gouvernement fédéral relativement au droit criminel et à la procédure en matière criminelle, ne porte pas atteinte à ce prin-

proper administration of justice. The federal authorities have no jurisdiction over the discipline of the police officers who are the subject of the inquiry. There is no federal involvement in the actions of the Vancouver Police Force. The inquiry is mandated to investigate alleged acts of wrongdoing for purposes different from those which underlie criminal law and criminal procedure. The purpose of the inquiry is not to determine criminal responsibility. As such, it is no different from a coroner's inquiry, the constitutionality of which was affirmed by this Court in *Faber, supra*. Indeed, because the alleged wrongdoing occurred in a jail, the province possesses additional legislative authority to inquire into the events in question, in so far as s. 92(6) permits it to enact laws in relation to "[t]he Establishment, Maintenance, and Management of Public and Reformatory Prisons in and for the Province". Section 92(6) provides a constitutional anchor independent of s. 92(14) by which provincial jurisdiction over the inquiry can be secured. Reference might also be had to s. 92(16) of the *Constitution Act, 1867*, which provides that a province may legislate in respect of "Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province".

As stated, there are limits to a province's jurisdiction to establish an inquiry and equip it with coercive investigatory authority. Broadly speaking, those limits are twofold in nature. First, a province may not interfere with federal interests in the enactment of and provision for a uniform system of criminal justice in the country as embodied in the *Criminal Code*. An inquiry enacted solely to determine criminal liability and to bypass the protection accorded to an accused by the *Criminal Code* would be *ultra vires* of a province, being a matter relating to criminal law and criminal procedure. This limitation on provincial jurisdiction is an acknowledgement of the federal nature of our

cipe fondamental. Comme le soutient le procureur général de la Colombie-Britannique, le but de la présente enquête est d'aller jusqu'au fond d'un cas de mauvaise conduite de la part de la police qui a porté atteinte à la bonne administration de la justice. Les autorités fédérales n'ont pas compétence pour imposer des mesures disciplinaires aux agents de police visés par l'enquête. Le gouvernement fédéral n'a rien à voir avec les agissements du corps de police de Vancouver. La commission d'enquête est chargée d'enquêter sur de présumés méfaits pour des fins différentes de celles qui sous-tendent le droit criminel et la procédure en matière criminelle. L'enquête n'a pas pour but de déterminer la responsabilité criminelle. Comme tel, ce but n'est pas différent de celui de l'enquête d'un coroner dont la constitutionnalité a été confirmée par cette Cour dans l'arrêt *Faber*, précité. En réalité, étant donné que le présumé méfait s'est produit dans une prison, la province possède un pouvoir législatif supplémentaire pour enquêter sur les événements en question, dans la mesure où le par. 92(6) lui permet de légiférer relativement à «l'établissement, l'entretien et l'administration des prisons publiques et des maisons de correction dans la province». Le paragraphe 92(6) constitue un fondement constitutionnel indépendant du par. 92(14) sur lequel peut s'appuyer la compétence provinciale à l'égard de l'enquête. On pourrait aussi mentionner le par. 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit qu'une province peut légiférer sur «généralement, toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province».

Comme je l'ai dit, il y a des limites au pouvoir d'une province d'établir une commission d'enquête et de la doter de pouvoirs d'enquête coercitifs. D'une manière générale, ces limites se divisent en deux volets. Premièrement, une province ne peut porter atteinte aux intérêts du gouvernement fédéral en matière d'adoption et de mise sur pied d'un système uniforme de justice criminelle au pays tel que prévu dans le *Code criminel*. Une enquête instituée uniquement pour déterminer la responsabilité criminelle et pour contourner la protection que le *Code criminel* accorde à un accusé outrepasserait les pouvoirs d'une province, car il s'agirait d'une matière relative au droit criminel et à la

system of self-government. Secondly, neither a province nor Parliament may infringe the rights of Canadian citizens in establishing inquiries of this kind. This limitation is of a different sort. It is an acknowledgement of a respect for individual rights and freedoms and is embodied in the common law, various acts of both levels of governments, including the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, and, more recently, the *Charter*. Thus, neither level of government may establish and insist upon procedures which infringe fundamental rights and freedoms, such as the right against self-incrimination as it is defined in our law. It will suffice to say that while the appellants framed their arguments in terms strongly reminiscent of a challenge to the constitutionality of the inquiry based on the latter set of concerns, this Court was asked only to address its constitutionality in terms of the distribution of powers between the two levels of government. I therefore express no opinion upon the nature and extent of rights guaranteed by the *Charter* and the law of evidence as they relate to the inquiry's proceedings except to say that those rights, of course, must be respected by the relevant authorities.

V

### Conclusion

The constitutional question should be answered in the negative. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

ESTEY J. (dissenting)—With all respect and after much consideration of the two constitutional provisions raised in this appeal, namely s. 92(14) and (6) of the *Constitution Act, 1867*, I conclude that this appeal should be allowed. The facts and the applicable constitutional provisions are set out in the reasons of the Chief Justice and need no repetition here.

procédure en matière criminelle. Cette limite à la compétence provinciale constitue la reconnaissance de la nature fédérale de notre système d'autonomie gouvernementale. Deuxièmement, ni une province ni le Parlement ne peuvent porter atteinte aux droits des citoyens canadiens en instituant des enquêtes de ce genre. Cette restriction est d'un genre différent. Il s'agit de la reconnaissance du respect des droits et libertés individuels et elle est incorporée dans la *common law*, dans diverses lois écrites des deux paliers de gouvernement, y compris la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, et plus récemment, la *Charte*. Par conséquent, aucun des deux paliers de gouvernement ne peut établir ni exiger des procédures qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux, comme le droit à la protection contre l'auto-incrimination défini dans notre droit. Il suffit de dire que, bien que les appelants aient formulé leurs arguments dans des termes qui s'apparentent fortement à une contestation de la constitutionnalité de l'enquête fondée sur ces dernières préoccupations, on a seulement demandé à cette Cour d'examiner la constitutionnalité en fonction du partage des pouvoirs entre les deux paliers de gouvernement. Par conséquent, je n'exprime aucune opinion quant à la nature et à l'étendue des droits que garantissent la *Charte* et le droit de la preuve relativement aux procédures de la commission d'enquête, sauf pour dire que ces droits doivent évidemment être respectés par les autorités concernées.

g

V

### Conclusion

Il convient de répondre à la question constitutionnelle par la négative. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY (dissident)—En toute déférence, après avoir longuement examiné les deux dispositions constitutionnelles dont il est question dans ce pourvoi, savoir les par. 92(14) et (6) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, je conclus que le pourvoi doit être accueilli. Les faits et les dispositions constitutionnelles applicables sont énoncés dans les motifs du Juge en chef et il ne m'est pas nécessaire de les reprendre ici.

The provincial inquiry undertaken pursuant to s. 40 of the *Police Act*, R.S.B.C. 1979, c. 331, determined that the injury to Jacobsen had been caused by an assault upon him by two or more police officers in a jail. All that remained was for the inquiry now established under the *Inquiry Act* of the province to determine the guilty person or persons and to obtain the information necessary to lay and to prosecute the appropriate criminal charges.

In *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465, this Court set out the basic constitutional requirement with respect to provincial inquiries in the form of coroner's inquests associated as they frequently are with the criminal process. Cartwright J. (as he then was) states at pp. 476 and 478:

It would be a strange inconsistency if the law which carefully protects an accused from being compelled to make any statement at a preliminary inquiry should permit that inquiry to be adjourned in order that the prosecution be permitted to take the accused before a coroner and submit him against his will to examination and cross-examination as to his supposed guilt. In the absence of clear words in an Act of Parliament or other compelling authority I am unable to agree that that is the state of the law.

... I am of opinion that any legislation, purporting to ... alter the existing rules which protect a person charged with crime from being compelled to testify against himself, is legislation in relation to the Criminal Law including the Procedure in Criminal Matters and so within the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada under head 27 of s. 91 of the *British North America Act*.

The existence of an outstanding charge is not decisive on the question of the propriety of a provincial inquiry as part of the preliminaries in a criminal process.

Perhaps the high water mark for provincial agency activities in criminal law enforcement was reached in *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9. The majority, speaking through de Grandpré J., approved a coroner proceeding as being prior to

L'enquête provinciale, entreprise conformément à l'art. 40 de la *Police Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 331, a permis de déterminer que la blessure subie par Jacobsen résultait d'une agression commise en prison par deux ou plusieurs agents de police. Tout ce qu'il restait à faire à la commission d'enquête maintenant établie en vertu de l'*Inquiry Act* de la province était de déterminer qui était coupable et d'obtenir les données nécessaires pour porter les accusations criminelles appropriées.

Dans l'arrêt *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465, cette Cour a énoncé l'exigence constitutionnelle de base applicable aux enquêtes provinciales sous forme d'enquêtes du coroner qui sont liées, comme c'est souvent le cas, au processus criminel. Le juge Cartwright (alors juge puîné) affirme, aux pp. 476 et 478:

[TRADUCTION] Ce serait une étrange incohérence si la loi qui protège soigneusement un accusé contre la contrainte de faire une déclaration à l'enquête préliminaire, permettait que cette enquête soit ajournée pour que la poursuite ait l'opportunité d'amener l'accusé devant un coroner et de le soumettre contre sa volonté à un interrogatoire et contre-interrogatoire sur sa prétendue culpabilité. En l'absence de mots précis dans une loi du parlement ou autre autorité irrésistible, ceci n'est pas la loi.

... je suis d'avis que toute législation tendant à faire le changement dans la loi décrit dans la première phrase du présent alinéa ou à abroger ou modifier les règles actuelles qui protègent une personne accusée d'un crime contre l'obligation de témoigner contre elle-même est une législation sur le droit criminel, y compris la procédure en matière criminelle, et relève donc de l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada en vertu du par. (27) de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

L'existence d'une accusation pendante n'est pas déterminante quant à l'opportunité de tenir une enquête provinciale dans le cadre des étapes qui précèdent des procédures criminelles.

C'est peut-être dans l'arrêt *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9, que l'on a atteint le point culminant en ce qui concerne les activités d'un organisme provincial en matière d'application du droit criminel. Le juge de Grandpré, s'exprimant



the onset of the criminal process and as a validly appointed provincial agency. Prejudice to the individual charged or likely to be charged was not considered by the Court. The risk of proceeding further in this direction is well sounded by Pigeon J. in dissent where he stated (at pp. 17-18):

In my view, the decision in *Batary*, although rendered in a case where the suspected person was actually charged before the inquest, is equally applicable where a person is likely to be charged. The legislation under consideration purported to replace a provision expressly dealing with both situations on the same footing and it was held invalid on the basis that it was "in relation to the Criminal Law including the Procedure in Criminal Matters". No distinction was made in pronouncing such invalidity on that basis and this conclusion on the character and validity of the legislation cannot be treated as restricted to the particular situation arising out of the facts of the case. Even if it could be so considered, the same conclusion should be reached in the instant case as to the character of the coroner's inquest.

These and similar considerations arose in *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218 ("*Keable No. 1*"). What I had occasion to say on that appeal is, in my view, apt here and I take the liberty of repeating a short passage (at pp. 254 and 256):

I do not read the *Di Iorio* case [*Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152], as going so far as to permit the invasion by provincial action of the sanctity of the right to remain silent during what is in truth and substance a criminal investigation. The investigation of the incidence of crime or the profile and characteristics of crime in a province, or the investigation of the operation of provincial agencies in the field of law enforcement, are quite different things from the investigation of a precisely defined event or series of events with a view to criminal prosecution. The first category may involve the investigation of crime generally and may be undertaken by the invocation of the provincial enquiry statutes. The second category entails the investigation of specific crime, the procedure for which has been established by Parliament and may not be circumvented by provincial action under the general

au nom de la Cour à la majorité, a approuvé une enquête du coroner pour le motif qu'elle précédait le commencement des procédures criminelles et qu'il s'agissait d'un organisme provincial valide-ment constitué. Le préjudice causé à la personne accusée ou susceptible de l'être n'a pas été pris en considération par la Cour. Le risque de continuer à procéder dans ce sens est bien exposé par le juge Pigeon, dissident, lorsqu'il affirme (aux pp. 17 et 18):

À mon avis, la décision dans *Batary*, bien qu'elle ait été rendue dans une affaire où la personne soupçonnée avait effectivement été accusée avant l'enquête, est tout aussi applicable lorsqu'une personne est susceptible d'être accusée. La loi contestée visait à remplacer une disposition qui traitait les deux situations sur un pied d'égalité, et cette loi a été déclarée invalide pour le motif qu'elle portait [TRADUCTION] «sur le droit criminel, y compris la procédure en matière criminelle». On n'a fait aucune distinction en prononçant l'invalidité pour ce motif, et cette conclusion sur la nature et la validité de la loi ne peut être considérée comme visant uniquement la situation particulière qui découlait des faits en cause. Même si tel était le cas, il faudrait tirer la même conclusion dans la présente affaire quant à la nature de l'enquête du coroner.

Ces considérations et d'autres semblables se sont présentées dans l'affaire *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218 ("*Keable n° 1*"). J'estime que les propos que j'ai tenus dans cette affaire s'appliquent ici et je me permets d'en citer un court extrait (aux pp. 254 et 256):

Je n'interprète pas l'arrêt *Di Iorio* [*Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152] comme allant jusqu'à permettre à une province de porter atteinte au droit sacré de garder le silence pendant ce qui est en fait une enquête criminelle. Une enquête sur l'incidence des crimes ou sur l'ensemble des caractéristiques des crimes dans une province, ou une enquête sur le fonctionnement des forces de l'ordre provinciales sont des choses bien différentes d'une enquête sur un événement défini de façon précise ou sur une série d'événements, en vue d'intenter des poursuites criminelles. La première catégorie peut comprendre des enquêtes sur les crimes en général et on peut les entreprendre aux termes de la législation provinciale sur les enquêtes. La seconde catégorie exige qu'on enquête sur des crimes précis. Le Parlement a établi la procédure à cet égard et l'action provinciale aux termes de la législation générale sur les

enquiry legislation any more than the substantive principles of criminal law may be so circumvented.

The circumstance, sometimes almost accidental or at least undirected, of the existence or non-existence of a charge by indictment, information or otherwise, is not, in my view, of controlling significance when determining the constitutional status of a process such as we are now considering.

It may be, of course, that a valid provincial inquiry might mandate an investigation that leads from the general into the specific and from criminal activities at large to the commission of actual crimes by known or unknown individuals. It is obvious that no formula can be produced which will immediately classify an inquiry by a province as being within or without its constitutional mandate. Again from the *Keable No. 1* judgment, *supra*, at p. 257:

It is the *Criminal Code* which sets forth the procedure prescribed by the sovereign authority, the Parliament of Canada, and which is to be followed in the investigation of crime and in the prosecution of ensuing charges. The Province, in the discharge of its role under s. 92(14) of *The British North America Act* may be required, or may find it convenient, to examine by the usual executive agencies or by a commission of enquiry, the operation of its policing facilities and personnel, and the prevalence of crime and its nature in the Province. Such was the case before the Court in *Di Iorio, supra*. At the other end of the scale, the enforcement agencies of the Province may of course investigate allegations or suspicions of specific crime with a view to the enforcement of the criminal law by prosecution. This investigation must be in accordance with federally prescribed criminal procedure and not otherwise, as for example, by coercive enquiry under general enquiry legislation of the Province.

The overriding consideration, in my view, was described in *Keable No. 1, supra*, and again is apt here (at p. 258):

One of the main bastions of the criminal law is the right of the accused to remain silent. In the coldest practical terms, that right, so long as it remains unaltered by Parliament, may not be reduced, truncated or thinned out by provincial action.

enquêtes ne saurait pas plus y faire échec que dans le cas des principes fondamentaux du droit criminel.

L'existence ou l'inexistence, parfois presque fortuite ou du moins indirecte, d'une inculpation par acte d'accusation, dénonciation ou autrement ne constitue pas, à mon avis, un facteur décisif pour déterminer le statut constitutionnel d'un processus comme celui qui nous est soumis.

Il se pourrait bien sûr qu'une enquête provinciale valide nécessite que l'on passe du général au particulier, des activités criminelles en général à la perpétration de crimes véritables par des personnes connues ou inconnues. Il est évident qu'il est impossible d'en arriver à une formule qui permettra de classer instantanément une enquête tenue par une province, comme conforme ou non conforme à son mandat constitutionnel. De nouveau, voici un passage tiré de la p. 257 de l'arrêt *Keable n° 1*, précité:

C'est le *Code criminel* qui énonce la procédure prescrite par l'autorité souveraine, le Parlement du Canada, et cette procédure doit être respectée dans les enquêtes sur les crimes et les poursuites en découlant. Dans l'accomplissement du rôle que lui fixe le par. 92(14) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, la province peut être obligée, ou elle peut juger utile, de faire examiner, par les organismes exécutifs habituels ou par une commission d'enquête, le fonctionnement matériel de sa police et les activités du personnel policier et la fréquence des crimes dans la province ainsi que leur nature. C'était le point soumis à la Cour dans *Di Iorio*, précité. À l'opposé, les forces de l'ordre provinciales peuvent évidemment faire enquête sur les allégations ou soupçons de crimes précis dans le but d'intenter des poursuites en vertu du droit criminel. Ces enquêtes doivent suivre la procédure criminelle prescrite par le Parlement fédéral et rien d'autre, comme, par exemple recourir à une enquête coercitive en vertu de la législation générale provinciale sur les enquêtes.

J'estime que le facteur prépondérant a été décrit dans l'arrêt *Keable n° 1*, précité, et encore une fois, qu'il s'applique en l'espèce (à la p. 258):

Un des principaux bastions du droit criminel est le droit de l'accusé de se taire. En termes pratiques, tant que ce droit n'est pas modifié par le Parlement, il ne peut être diminué, tronqué ni altéré par une province.

The main and apparently only object of the inquiry here under review is the continuation of the work of earlier inquiries into these events so as to isolate and identify the actual wrongdoers with a view to prosecution. In my view, this circumstance provides an unsound basis upon which to expand or project the comments of this Court in *Faber, supra*. Rather, these circumstances call to mind the warnings of Pigeon J., *supra*, in that same case.

Admittedly it is a very thin line whether the use of a coercive provincial inquiry, overrunning as it does the rights of the citizen under our criminal laws as these rights have been built up over the years in federal procedural and substantive law, falls across the federal jurisdiction. Because of the gravity of the potential consequences to the individual resulting from a provincial encroachment on the criminal process, the courts, in my view, should be very cautious in extending the criminal related inquiries which the provinces may from time to time mount.

Section 92(6) might well have afforded a constitutional jurisdictional base for the provincial action under its *Inquiry Act* had the Order in Council which established the inquiry set out broad institutional objectives analogous to those provisions viewed favourably by this Court in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60. The mandate of this inquiry, however, is narrow and is targeted squarely on the discovery of the identity of the wrongdoers. In the result I conclude that as s. 92(14) cannot properly sustain such an inquiry in these circumstances neither can s. 92(6).

I would therefore allow the appeal.

*Appeal dismissed with costs, ESTEY J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant O'Hara: Braidwood, MacKenzie, Brewer & Greyell, Vancouver.*

*Solicitors for the appellant Kirkbride: Davis & Company, Vancouver.*

Le principal et apparemment seul but de l'enquête examinée en l'espèce est la poursuite du travail des enquêtes antérieures sur ces événements de façon à isoler et à identifier les vrais délinquants afin de les poursuivre. À mon avis, cette situation offre une base précaire pour étendre ou projeter les observations faites par cette Cour dans l'arrêt *Faber*, précité. Ces circonstances me rappellent plutôt les mises en garde du juge Pigeon, précité, dans cette même affaire.

Certes, il existe une démarcation très mince pour déterminer si le recours à une enquête provinciale coercitive, qui porte effectivement atteinte aux droits que possèdent les citoyens en vertu de nos lois en matière criminelle et qui se sont développés au cours des années dans la procédure et le droit positif fédéraux, empiète sur la compétence fédérale. Vu la gravité des conséquences possibles pour la personne d'un empiètement provincial sur le processus criminel, les tribunaux, à mon sens, devraient être très prudents en élargissant les enquêtes relatives aux matières criminelles que les provinces peuvent au besoin mettre sur pied.

Le paragraphe 92(6) pourrait peut-être fournir un fondement constitutionnel à l'action provinciale en vertu de l'*Inquiry Act* si le décret qui crée la commission d'enquête énonçait des objectifs institutionnels généraux analogues aux dispositions considérées favorablement par cette Cour dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60. Le mandat de cette commission d'enquête toutefois est étroit et vise carrément la découverte de l'identité des délinquants. En définitive, je conclus que, comme le par. 92(14) ne peut à bon droit justifier une telle enquête dans ces circonstances, le par. 92(6) ne le peut pas non plus.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

*Pourvoi rejeté avec dépens, le juge ESTEY est dissident.*

*Procureurs de l'appellant O'Hara: Braidwood, MacKenzie, Brewer & Greyell, Vancouver.*

*Procureurs de l'appellant Kirkbride: Davis & Company, Vancouver.*

*Solicitor for the respondents Her Majesty the Queen and the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.*

*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: Yves de Montigny, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.*

*Solicitor for the Intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General's Department, Edmonton.*

*Procureur des intimés Sa Majesté la Reine et le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.*

<sup>a</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

<sup>b</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Yves de Montigny, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.*

<sup>c</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le ministère du Procureur général, Edmonton.*

**Her Majesty The Queen Appellant**

v.

**Marc-André Paré Respondent**

INDEXED AS: R. V. PARÉ

File No.: 19345.

1987: June 8; 1987: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — First degree murder — Indecent assault against a young boy — Accused killing the child after the indecent assault — Whether accused murdered the child “while committing” the indecent assault — Meaning of the words “while committing” in s. 214(5)(b) of the Criminal Code.*

*Criminal law — Murder — Classification — Section 214 of the Criminal Code not creating a separate substantive offence of murder — Section 214 classifying for sentencing purposes the offences in ss. 212 and 213 of the Code.*

The accused murdered a young boy two minutes after indecently assaulting him. The killing was motivated by fear that the child would tell his mother about the incident. At trial, the jury found the accused guilty of first degree murder pursuant to s. 214(5)(b) of the *Criminal Code*. At the time of the offence, s. 214(5)(b) provided that “murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person *while committing* an offence under section . . . 156 (indecent assault on a male)”. The Court of Appeal dismissed the accused’s appeal but substituted a verdict of second degree murder for the jury’s verdict of first degree murder. This appeal is to determine whether the accused murdered the child “while committing” the indecent assault.

*Held:* The appeal should be allowed.

The words “while committing” in s. 214(5) do not require the murder and the underlying offence to take place simultaneously. Where the act causing death and the acts constituting the indecent assault all form part of one continuous sequence of events forming a single transaction, the death is caused “while committing” an offence for the purposes of s. 214(5). The offences under

**Sa Majesté La Reine Appelante**

c.

**Marc-André Paré Intimé**

a

RÉPERTORIÉ: R. C. PARÉ

N° du greffe: 19345.

1987: 8 juin; 1987: 19 novembre.

b

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

c

*Droit criminel — Meurtre au premier degré — Attentat à la pudeur commis sur un jeune garçon — Enfant tué par l’accusé après l’attentat à la pudeur — L’assassinat de l’enfant par l’accusé était-il «concomitant» de l’attentat à la pudeur? — Sens du mot «concomitant» employé à l’époque à l’art. 214(5)(b) du Code criminel.*

d

*Droit criminel — Meurtre — Classification — L’article 214 du Code criminel ne crée pas une infraction matérielle précise distincte de meurtre — L’article 214 classifie, aux fins de la détermination de la peine, les infractions prévues aux art. 212 et 213 du Code.*

e

L’accusé a assassiné un jeune garçon deux minutes après avoir commis sur lui un attentat à la pudeur. Le meurtre a été motivé par la crainte que l’enfant ne raconte l’incident à sa mère. Au procès, le jury a déclaré l’accusé coupable de meurtre au premier degré conformément à l’al. 214(5)(b) du *Code criminel*. Au moment de l’infraction, l’al. 214(5)(b) disposait: «Est assimilé au meurtre au premier degré, le meurtre *concommittant* (sic) de la perpétration d’une infraction prévue à l’article [. . .] 156 (attentat à la pudeur d’une personne du sexe masculin).» La Cour d’appel a rejeté l’appel de l’accusé, mais a substitué au verdict de culpabilité de meurtre au premier degré rendu par le jury un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Le pourvoi vise à déterminer si l’assassinat de l’enfant par l’intimé était «concomitant» de la perpétration de l’attentat à la pudeur.

i

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Le mot «concomitant», employé à l’époque en cause au par. 214(5), n’exige pas la simultanéité du meurtre et de l’infraction sous-jacente. Lorsque l’acte causant la mort et les actes constituant l’attentat à la pudeur font tous partie d’une suite ininterrompue d’événements qui constituent une seule affaire, la mort est «concomitante» d’une infraction aux fins du par. 214(5). Les infractions

s. 214(5) all involve the illegal domination of people by other people. Accordingly, it is the continuing illegal domination of the victim which gives continuity to the sequence of events culminating in the murder and makes it a single transaction. The murder represents an exploitation of the position of power created by the underlying crime and knits the two together. The conviction of first degree murder should be restored.

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518; **not followed:** *R. v. Gourgon and Knowles (No. 1)* (1979), 9 C.R. (3d) 313 (B.C.S.C.), rev'd on other grounds (1979), 19 C.R. (3d) 272 (B.C.C.A.); *R. v. Kjeldsen* (1980), 53 C.C.C. (2d) 55; *R. v. Sargent* (1983), 5 C.C.C. (3d) 429; **referred to:** *R. v. Vaillancourt* (1974), 16 C.C.C. (2d) 137 (Ont. C.A.), aff'd [1976] 1 S.C.R. 13; *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108; *R. v. Goullis* (1981), 60 C.C.C. (2d) 347; *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621; *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *Droste v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 208.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 212, 213 [am. 1974-75-76, c. 93, s. 13; c. 105, s. 29, item 1(4)], 214(1) [rep. & subs. 1973-74, c. 38, s. 2; rep. & subs. 1974-75-76, c. 105, s. 4], (5) [ad. 1974-75-76, c. 105, s. 4].

#### Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. *Homicide* (Working Paper 33). Ottawa, 1984.  
Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1986.  
Kloepfer, Stephen. "The Status of Strict Construction in Canadian Criminal Law" (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 553.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, J.E. 85-556, dismissing the accused's appeal but substituting a verdict of second degree murder for the jury's verdict of first degree murder. Appeal allowed and the conviction of first degree murder restored.

*Robert Parrot*, for the appellant.

au par. 214(5) comportent toutes un élément de domination illégale de certaines personnes par d'autres personnes. Il s'ensuit que c'est la domination illégale continue exercée sur la victime qui confère de la continuité à la suite d'événements qui aboutissent au meurtre et qui en fait une seule affaire. Le meurtre représente une exploitation de la position de force créée par l'infraction sous-jacente et crée un lien entre les deux. La déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré doit être rétablie.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518; **arrêts non suivis:** *R. v. Gourgon and Knowles (No. 1)* (1979), 9 C.R. (3d) 313 (C.S.C.-B.), inf. pour d'autres motifs (1979), 19 C.R. (3d) 272 (C.A.C.-B.); *R. v. Kjeldsen* (1980), 53 C.C.C. (2d) 55; *R. v. Sargent* (1983), 5 C.C.C. (3d) 429; **arrêts mentionnés:** *R. v. Vaillancourt* (1974), 16 C.C.C. (2d) 137 (C.A. Ont.), conf. [1976] 1 R.C.S. 13; *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108; *R. v. Goullis* (1981), 60 C.C.C. (2d) 347; *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621; *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *Droste c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 208.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 212, 213 [mod. 1974-75-76, chap. 93, art. 13; chap. 105, art. 29, item 1(4)], 214(1) [abr. & rempl. 1973-74, chap. 38, art. 2; abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 105, art. 4], (5) [aj. 1974-75-76, chap. 105, art. 4].  
*Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 125.

#### g Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. *L'homicide* (document de travail 33). Ottawa, 1984.  
Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1986.  
Kloepfer, Stephen. «The Status of Strict Construction in Canadian Criminal Law» (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 553.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, J.E. 85-556, qui a rejeté l'appel de l'accusé, mais qui a substitué au verdict de culpabilité de meurtre au premier degré rendu par le jury un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli et déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré rétablie.

*Robert Parrot*, pour l'appelante.

*Jean-Guy Gilbert*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—Section 214(5)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended by S.C. 1974-75-76, c. 105, which was in force at the time of the commission of the offence provided that murder is first degree murder when the death is caused by a person while the person is committing indecent assault. The respondent, Marc-André Paré, indecently assaulted and murdered a seven-year-old boy, Steeve Duranleau. The central issue in this appeal is whether the respondent murdered the child “while committing” the indecent assault.

While sections 213 and 214 were subsequently amended by *An Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, the amendments are not germane to the issue on this appeal.

### 1. The Facts

On July 13, 1982 at about 1:30 in the afternoon the respondent Marc-André Paré, then 17 years old, met Steeve Duranleau, a seven-year-old boy. At Paré's suggestion the two went swimming. After about fifteen minutes in the pool Paré offered to take Duranleau to look at some used cars. The offer was only a pretence. Paré's real motive was to get Duranleau alone in order to have sexual relations with him.

After changing, Paré and Duranleau went to a parking lot where they looked at some used cars. Near the parking lot was a bridge that crossed the St. Charles River. Paré lured Duranleau under the bridge. Duranleau wanted to leave but Paré told him not to and held him by the arm. Paré sat there for the next ten minutes holding Duranleau by the arm. Then Paré told Duranleau to lie on his back and to keep quiet. Paré pulled Duranleau's shorts down and lowered his own pants and underwear. He then lay on top of Duranleau and indecently

*Jean-Guy Gilbert*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—Suivant l'alinéa 214(5)(b) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié par S.C. 1974-75-76, chap. 105, en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction en cause, est assimilé au meurtre au premier degré le meurtre concomitant de la perpétration d'un attentat à la pudeur. L'intimé, Marc-André Paré, a attenté à la pudeur d'un garçon de sept ans, Steeve Duranleau, et l'a assassiné. La question fondamentale en l'espèce est de savoir si l'assassinat de l'enfant par l'intimé était «concomitant» de la perpétration de l'attentat à la pudeur.

Bien que les art. 213 et 214 aient par la suite été modifiés par la *Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 125, ces modifications n'ont aucune pertinence relativement à la question présentement en litige.

### 1. Les faits

Le 13 juillet 1982, vers 13 h 30, l'intimé Marc-André Paré, alors âgé de 17 ans, a rencontré Steeve Duranleau, un garçon de sept ans. Sur la proposition de Paré, les deux sont allés se baigner. Après qu'ils eurent passé une quinzaine de minutes dans la piscine, Paré a offert d'emmener Duranleau voir des voitures d'occasion. Ce n'était qu'un prétexte. Son véritable motif était de faire en sorte qu'il se trouve seul avec Duranleau afin de pouvoir avoir des relations sexuelles avec lui.

Paré et Duranleau se sont changés, puis se sont rendus à un stationnement où ils ont regardé des voitures d'occasion. Près du stationnement il y avait un pont qui traversait la rivière St-Charles. Paré a entraîné Duranleau sous le pont. Duranleau a voulu partir, mais Paré le lui a défendu et l'a retenu par le bras. Pendant les dix minutes qui ont suivi, Paré est demeuré assis en continuant à lui tenir le bras. Puis il a dit à Duranleau de se coucher sur le dos et de rester tranquille. Paré a descendu le short de Duranleau et a baissé ses

assaulted him. After ejaculating beside Duranleau's penis, Paré sat up and got dressed.

At this point Duranleau told Paré that he intended to tell his mother about the incident. Paré told him that he did not want him to tell his mother and that, if he did, he would kill him. After this exchange of words Paré was certain that the boy would tell his mother as soon as he could. Paré made Duranleau lie on his back. He waited for two minutes with his hand on Duranleau's chest. He then killed Duranleau by strangling him with his hands, hitting him on the head several times with an oil filter, and strangling him with a shoe-lace.

The accused was charged as follows:

[TRANSLATION] That in Québec City, Quebec, on or around July 13, 1982, he illegally and intentionally killed Steeve Duranleau, thereby committing murder in the first degree contrary to sections 212-214(5)-218 of the Criminal Code.

At trial the accused admitted all the facts outlined above. On December 7, 1982 the accused was found guilty of first degree murder. The accused's appeal to the Quebec Court of Appeal was dismissed on April 2, 1985 (*per* L'Heureux-Dubé, Beauregard and LeBel J.J.A.), the court substituting a verdict of second degree murder for the jury's verdict of first degree murder: J.E. 85-556. Leave to appeal was granted to the Crown by this Court (*per* Beetz, Lamer and Wilson J.J.) on June 27, 1985, [1985] 1 S.C.R. xii.

## 2. The Courts Below

### *The Superior Court*

In his charge to the jury Bienvenue J. discussed the meaning of the words "while committing" in s. 214(5) of the *Criminal Code*. Since this appeal hinges upon the meaning of these words it is necessary to reproduce the relevant comments of the trial judge:

[TRANSLATION] Then, section 214(2) and (5)(b) states the following:

"... is [est assimilé au] first (1st) degree murder"

propres pantalon et caleçon. Il s'est allongé sur Duranleau et a commis contre lui un attentat à la pudeur. Après avoir éjaculé à côté du pénis de Duranleau, Paré s'est redressé, puis s'est rhabillé.

<sup>a</sup> C'est alors que Duranleau a dit à Paré qu'il avait l'intention de raconter l'incident à sa mère. Paré lui a dit qu'il ne voulait pas qu'il en parle à sa mère et que, s'il le faisait, il le tuerait. A la suite de cet échange, Paré était certain que le garçon <sup>b</sup> informerait sa mère à la première occasion. Il a fait coucher Duranleau sur le dos. Pendant un intervalle de deux minutes, il a appuyé sa main sur la poitrine de Duranleau. Paré l'a ensuite tué en <sup>c</sup> l'étranglant de ses mains, en lui assenant plusieurs coups à la tête avec un filtre à huile et en l'étranglant avec un lacet de soulier.

L'accusation portait que Marc-André Paré:

<sup>d</sup> À Québec, district de Québec, le ou vers le 13 juillet 1982, a illégalement et volontairement assassiné Steeve Duranleau, commettant par là un meurtre au premier degré suivant les articles 212-214(5)-218 du Code criminel.

<sup>e</sup> Au procès, l'accusé a reconnu l'exactitude des faits exposés plus haut. Le 7 décembre 1982, il a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. Son appel devant la Cour d'appel du Québec a été <sup>f</sup> rejeté le 2 avril 1985 (les juges L'Heureux-Dubé, Beauregard et LeBel), laquelle cour a substitué au verdict de culpabilité de meurtre au premier degré rendu par le jury un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré: J.E. 85-556. L'autorisation de pourvoi a été accordée au ministère public par cette Cour (les juges Beetz, Lamer et Wilson) le 27 juin 1985, [1985] 1 R.C.S. xii.

## 2. Les tribunaux d'instance inférieure

### *La Cour supérieure*

Dans son exposé au jury, le juge Bienvenue a traité du sens du mot «concommittant» (*sic*) qui figurait alors au par. 214(5) du *Code criminel*. Puisque l'issue du pourvoi dépend du sens de ce terme, il est nécessaire de reproduire les observations pertinentes du juge du procès:

<sup>j</sup> Alors l'article deux cent quatorze deux cinq b (214-2-5b) nous dit ce qui suit:

«Est assimilé au meurtre au premier (1er) degré»



—I do not think that the word “*assimilé*” presents any problem to you and me, it is a word which simply means “is first (1st) degree murder”, okay, it’s a first (1st) degree murder, the following -

“murder . . . while committing”;

—or if you prefer instead of “while committing” [*concomitant*] I will suggest a number of expressions that mean the same thing, namely “committed on the occasion of”, “committed at the time of”, “accompanying” and so on; the following, “which occurred at the same time as”: all these words are synonyms of “while committing”;

and so

“murder . . . while committing”, or if you prefer, “which was committed on the occasion of the crime specified in s. 156 of the Criminal Code (indecent assault on male)”.

I am sure you realize — I do not think it is even necessary to say it — I rely on the intelligence of you all, but in case anyone should someday claim I had not said it, when you say “while committing”, it means “committed at the same time”, “on the same occasion”; you realize the Code does not go so far as to require that at the time I commit an indecent assault with my right hand I must be committing murder with my left. Is not it so? In this the Code is logical: when it says “at the same time”, committed “on the same occasion”, it means “in the same circumstances”.

The jury found the accused guilty of first degree murder.

### *The Court of Appeal for Quebec*

Beauregard and LeBel J.J.A. gave separate reasons; L’Heureux-Dubé J.A. agreed with both. Beauregard J.A. examined the case law and decided that s. 214(5) of the *Criminal Code* should be restrictively interpreted. He concluded that “while committing” must be contrasted with “after having finished committing”. A murder committed after the accused had committed the indecent assault was not a first degree murder. Accordingly, when the trial judge said to the jury that a murder committed “on the occasion of” an indecent assault was a first degree murder, he did not invite the jury to consider the really critical question, namely whether the murder was committed during

—je ne pense pas que le mot «*assimilé*» fasse de difficulté entre vous et moi, c’est un mot qui veut dire tout simplement «est un meurtre au premier (1er) degré», ça va, c’est un meurtre au premier (1er) degré, ce qui va suivre -

a

«le meurtre concomitant» —

—ou si vous préférez au lieu de «concomitant» je vais vous suggérer un éventail d’expressions qui veulent dire la même chose, c’est-à-dire «commis à l’occasion de, commis au moment de, qui accompagne», etc., ce qui va suivre, «qui s’est produit en même temps que», tous ces mots-là sont des synonymes de concomitant

b

—donc

c

«le meurtre concomitant» ou, si vous préférez, «qui a été commis à l’occasion du crime prévu à l’article cent cinquante-six (156) du Code Criminel (attentat à la pudeur sur une personne de sexe masculin)».

d

Vous réalisez je pense que c’est même pas nécessaire de le dire, je fais droit à votre intelligence à tous, mais au cas où on me reprocherait un jour de ne pas l’avoir dit que quand on dit «concomitance», c’est-à-dire «commis en même temps, à la même occasion, au même moment», vous réalisez que le code ne va pas jusqu’à exiger qu’au moment où je commets un attentat à la pudeur avec ma main droite je doive commettre mon meurtre avec la main gauche. N’est-ce pas? Le code est logique dans cela, quand on dit «au même moment, commis dans, à la même occasion», ça veut dire: au cours des mêmes circonstances.

e

f

Le jury a déclaré l’accusé coupable de meurtre au premier degré.

g

### *La Cour d’appel du Québec*

Les juges Beauregard et LeBel ont rédigé des motifs distincts. Le juge L’Heureux-Dubé pour sa part a abondé dans le sens de chacun de ses deux collègues. Après avoir examiné la jurisprudence, le juge Beauregard a décidé qu’il convenait de donner au par. 214(5) du *Code criminel* une interprétation restrictive. Il a conclu à la nécessité de faire une distinction entre «concomitant» et «subséquent». Un meurtre commis après la perpétration par l’accusé de l’attentat à la pudeur n’était pas un meurtre au premier degré. Donc, quand le juge du procès a dit au jury qu’un meurtre perpétré «à l’occasion» d’un attentat à la pudeur constituait un meurtre au premier degré, il ne l’a pas invité à

h

i

j

the commission of the indecent assault or after the indecent assault was over.

Beauregard J.A. was of the opinion that a properly directed jury would not have been convinced beyond a reasonable doubt that the accused murdered his victim while committing the indecent assault. Consequently, he dismissed the appeal and substituted a verdict of second degree murder for the verdict of first degree murder.

LeBel J.A. did not agree with Beauregard J.A.'s conclusion that s. 214(5) required the murder and the indecent assault to be absolutely simultaneous. Even if the section were to be construed restrictively, he stated, it must not be deprived of all effect. By reading s. 214(5) in conjunction with s. 213, LeBel J.A. concluded that the words "while committing" demanded a close temporal connection between the indecent assault and the murder. Moreover, he concluded that the murder must be an immediate consequence of the first offence for s. 214(5) to apply. LeBel J.A. found it difficult to conclude that a jury more completely informed of the nuances of the sections in question would have necessarily returned the same verdict. The charge given to the jury, he stated, effectively prevented the jury from directing its attention to the proper meaning of s. 214(5). Therefore, despite his reservations about Beauregard J.A.'s conclusions of law, LeBel J.A. agreed with his disposition of the case.

### 3. The Issue

Counsel for the appellant submit that the Court of Appeal made two errors in law. First, it erred in concluding that s. 214(5) of the *Criminal Code* created a substantive offence of murder. Second, it erred in its interpretation of the words "while committing" in s. 214(5). I will address both issues looking first at the general scheme of the murder provisions in the *Criminal Code* and then turning to the interpretation of the particular wording of s. 214(5).

examiner la question vraiment cruciale de savoir si le meurtre avait été commis pendant ou après la perpétration de l'attentat à la pudeur.

a Le juge Beauregard a estimé qu'un jury qui aurait reçu des directives appropriées n'aurait pas été convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a assassiné sa victime en commettant l'attentat à la pudeur. Par conséquent, il a rejeté b l'appel et substitué au verdict de culpabilité de meurtre au premier degré un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré.

c Le juge LeBel n'a pas souscrit à la conclusion du juge Beauregard que le par. 214(5) exige la simultanéité absolue du meurtre et de l'attentat à la pudeur. Même si l'on devait interpréter cette disposition restrictivement, a-t-il affirmé, il ne faudrait pas la dépouiller de tout effet. En rapprochant le par. 214(5) de l'art. 213, le juge LeBel a conclu que le mot «concomitant» commandait d'existence d'un lien temporel étroit entre l'attentat à la pudeur et le meurtre. Il a conclu en outre que, e pour que le par. 214(5) s'applique, le meurtre doit être la conséquence immédiate de la première infraction. Le juge LeBel a eu de la difficulté à conclure qu'un jury mieux renseigné sur les nuances des dispositions en cause aurait nécessairement rendu le même verdict. Selon lui, le jury a reçu des directives qui ont eu pour effet de l'empêcher de s'interroger sur le sens véritable du par. 214(5). Donc, malgré ses réserves au sujet des conclusions de droit du juge Beauregard, le juge LeBel a été g d'avis de trancher l'affaire de la même manière.

### 3. La question en litige

h Les avocats de l'appelante soutiennent que la Cour d'appel a commis deux erreurs de droit. Premièrement, elle a eu tort de conclure que le par. 214(5) du *Code criminel* crée une infraction matérielle précise de meurtre. Deuxièmement, elle i a commis une erreur dans son interprétation du mot «concommittant» (*sic*) qui figurait alors au par. 214(5). Je me pencherai sur ces deux points en examinant d'abord le régime général qu'établissent les dispositions du *Code criminel* relatives au meurtre, pour ensuite passer à l'interprétation du texte même du par. 214(5). j

(a) *The General Scheme*

Counsel for the appellant submit that the Court of Appeal viewed s. 214(5) of the *Criminal Code* as creating a substantive offence of murder. I find nothing in the judgments rendered by the Court of Appeal that suggests that this was the case. In any event, counsel for the respondent acknowledge that such an approach would be improper and I agree. Section 214 has a completely different function.

The relevant provisions of the *Criminal Code* are as follows:

**212. Culpable homicide is murder**

(a) where the person who causes the death of a human being

(i) means to cause his death, or

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

(b) where a person, meaning to cause death to a human being or meaning to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and being reckless whether death ensues or not, by accident or mistake causes death to another human being, notwithstanding that he does not mean to cause death or bodily harm to that human being; or

(c) where a person, for an unlawful object, does anything that he knows or ought to know is likely to cause death, and thereby causes death to a human being, notwithstanding that he desires to effect his object without causing death or bodily harm to any human being.

**213. Culpable homicide is murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit high treason or treason or an offence mentioned in section 52 (sabotage), 76 (piratical acts), 76.1 (hijacking an aircraft), 132 or subsection 133(1) or sections 134 to 136 (escape or rescue from prison or lawful custody), 143 or 145 (rape or attempt to commit rape), 149 or 156 (indecent assault), subsection 246(2) (resisting lawful arrest), 247 (kidnapping and forcible confinement), 302 (robbery), 306 (breaking and entering) or 389 or 390 (arson), whether or not the person means to cause death to any human being and whether or not he knows that death is likely to be caused to any human being, if**

(a) he means to cause bodily harm for the purpose of

a) *Le régime général*

Les avocats de l'appelante prétendent que la Cour d'appel a considéré que le par. 214(5) du *Code criminel* créait une infraction matérielle précise de meurtre. Or, je ne vois rien dans les motifs de la Cour d'appel qui permet de dire que telle était son opinion. En tout état de causé, les avocats de l'intimé reconnaissent que ce n'est pas là la bonne interprétation et je partage leur avis. La fonction de l'art. 214 est tout autre.

Voici les dispositions pertinentes du *Code criminel*:

c **212. L'homicide coupable est un meurtre**

a) lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain

(i) a l'intention de causer sa mort, ou

(ii) a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

b) lorsqu'une personne, ayant l'intention de causer la mort d'un être humain ou ayant l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait de nature à causer sa mort, et ne se souciant pas que la mort en résulte ou non, par accident ou erreur cause la mort d'un autre être humain, même si elle n'a pas l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles à cet être humain; ou

c) lorsqu'une personne, pour une fin illégale, fait quelque chose qu'elle sait, ou devrait savoir, de nature à causer la mort et, conséquemment, cause la mort d'un être humain, même si elle désire atteindre son but sans causer la mort ou une lésion corporelle à qui que ce soit.

**213. L'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une personne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre une haute trahison, une trahison ou une infraction mentionnée aux articles 52 (sabotage), 76 (actes de piraterie), 76.1 (détournement d'aéronef), 132 ou au paragraphe 133(1) ou aux articles 134 à 136 (évasion ou délivrance d'une garde légale), 143 ou 145 (viol ou tentative de viol), 149 ou 156 (attentat à la pudeur), au paragraphe 246(2) (résistance à une arrestation légale), aux articles 247 (enlèvement et séquestration), 302 (vol qualifié), 306 (introduction par effraction) ou 389 ou 390 (crime d'incendie), qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'elle sache ou non qu'il en résultera vraisemblablement la mort d'un être humain**

a) si elle a l'intention de causer des lésions corporelles aux fins

- (i) facilitating the commission of the offence, or
- (ii) facilitating his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues from the bodily harm;

(b) he administers a stupefying or overpowering thing for a purpose mentioned in paragraph (a), and the death ensues therefrom;

(c) he wilfully stops, by any means, the breath of a human being for a purpose mentioned in paragraph (a), and the death ensues therefrom; or

(d) he uses a weapon or has it upon his person

(i) during or at the time he commits or attempts to commit the offence, or

(ii) during or at the time of his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues as a consequence.

**214.** (1) Murder is first degree murder or second degree murder.

(5) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person

(a) while committing or attempting to commit an offence under section 76.1 (hijacking aircraft) or 247 (kidnapping and forcible confinement); or

(b) while committing an offence under section 144 (rape) or 145 (attempt to commit rape) or while committing or attempting to commit an offence under section 149 (indecent assault on female) or 156 (indecent assault on male).

It is clear from a reading of these provisions that s. 214 serves a different function from ss. 212 and 213. Sections 212 and 213 create the substantive offence of murder. Section 214 is simply concerned with classifying for sentencing purposes the offences created by ss. 212 and 213. It tells us whether the murder is first degree or second degree. This view of s. 214 was expressly adopted by this Court in *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124 (*per* Dickson J. (as he then was) at p. 140) and in *Droste v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 208 (*per* Dickson J. (as he then was) at p. 218). In this case it is established that the respondent murdered Steve Duranleau. The issue is whether s. 214(5)(b) makes the murder first degree.

- (i) de faciliter la perpétration de l'infraction, ou
- (ii) de faciliter sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort résulte des lésions corporelles;

*a* b) si elle administre un stupéfiant ou un soporifique à une fin mentionnée à l'alinéa a) et que la mort en résulte;

*c* c) si, volontairement, elle arrête, par quelque moyen, la respiration d'un être humain à une fin mentionnée à l'alinéa a) et que la mort en résulte; ou

*d* d) si elle emploie une arme ou l'a sur sa personne

(i) pendant ou alors qu'elle commet ou tente de commettre l'infraction, ou

(ii) au cours ou au moment de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort en soit la conséquence.

**214.** (1) Il existe deux catégories de meurtres: ceux du premier degré et ceux du deuxième degré.

(5) Est assimilé au meurtre au premier degré, le meurtre

*e* a) concomittant (*sic*) de la perpétration, ou d'une tentative à cet effet, d'une infraction prévue à l'article 76.1 (détournement d'un aéronef) ou 247 (enlèvement et séquestration); ou

*f* b) concomittant (*sic*) de la perpétration d'une infraction prévue à l'article 144 (viol) ou 145 (tentative de viol) ou à la perpétration, ou tentative à cet effet, de celles prévues aux articles 149 (attentat à la pudeur d'une personne du sexe féminin) ou 156 (attentat à la pudeur d'une personne du sexe masculin).

Il est évident à la lecture de ces dispositions que l'art. 214 remplit une fonction différente de celle des art. 212 et 213. Ces derniers créent l'infraction matérielle précise de meurtre. L'article 214, par contre, ne fait que classer aux fins de la détermination de la sentence les infractions prévues aux art. 212 et 213. Il nous dit s'il s'agit d'un meurtre au premier degré ou d'un meurtre au deuxième degré. Cette conception de l'art. 214 a été expressément adoptée par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124 (le juge Dickson, alors juge puîné, à la p. 140), et dans l'arrêt *Droste c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 208 (le juge Dickson, alors juge puîné, à la p. 218). En l'espèce, il est établi que l'intimé a assassiné Steve Duranleau. La question est donc de savoir si l'al. 214(5)(b) fait de ce meurtre un meurtre au premier degré.

(b) *Section 214(5): "while committing":*(i) The Literal Meaning

Did the respondent murder Duranleau while committing an indecent assault? Counsel for the respondent submit that he did not. The argument here is simple. The murder occurred, it is submitted, after the indecent assault was complete. Thus, by a literal reading of s. 214(5) Paré did not murder Duranleau "while committing" an indecent assault.

This argument is a forceful one but by no means decisive. The literal meaning of words could equally be termed their acontextual meaning. As Professor Dworkin points out, the literal or acontextual meaning of words is "the meaning we would assign them if we had no special information about the context of their use or the intentions of their author": see R. Dworkin, *Law's Empire* (1986), at p. 17. Thus the words "while committing" could have one meaning when disembodied from the *Criminal Code* and another entirely when read in the context of the scheme and purpose of the legislation. It is the latter meaning that we must ascertain.

A preliminary problem in ascertaining the contextual meaning of the phrase "while committing" arises from a possible inconsistency between the French and English versions of s. 214(5). At the time of the offence the French version of the English words "while committing" was "*concomitant*". In 1983 the word "*concomitant*" was replaced by the phrase "*en commettant*". Is this change in wording in the French version significant to the interpretation of s. 214(5)? I think not. I would agree with Beaugard J.A. of the Quebec Court of Appeal who said [TRANSLATION] "The amendment does not appear to have introduced anything new. The word '*concomitant*' meant 'while committing' or '*en commettant*'".

(ii) The Case Law

I now turn to cases which throw some light on the meaning of the words "while committing". Counsel for the appellant submit that these words

b) *Le paragraphe 214(5): «concomitant»:*(i) Le sens littéral

L'intimé a-t-il assassiné Duranleau en commettant un attentat à la pudeur? Les avocats de l'intimé soutiennent que non. Leur argument à ce propos est simple. Le meurtre, disent-ils, a eu lieu après la perpétration de l'attentat à la pudeur. Donc, selon une interprétation littérale du par. 214(5), le meurtre de Duranleau n'a pas été «concomitant» d'un attentat à la pudeur.

Cet argument, quoique puissant, n'est nullement décisif. On pourrait tout aussi bien dire que le sens littéral des mots équivaut à leur sens non contextuel. Comme le fait remarquer le professeur Dworkin, le sens littéral ou non contextuel des mots est [TRADUCTION] «le sens que nous leur attribuerions si nous ne disposions pas de renseignements particuliers relatifs au contexte dans lequel ils sont employés ou à l'intention de leur auteur»: voir R. Dworkin, *Law's Empire* (1986), à la p. 17. Le terme «concomitant» pourrait donc avoir un certain sens s'il était dissocié du *Code criminel* et un sens tout à fait différent dans le contexte du régime établi par le texte législatif en question et du but visé par celui-ci. C'est ce dernier sens qu'il nous faut déterminer en l'espèce.

Un problème préliminaire qui se pose dans la détermination du sens contextuel du mot «concomitant» résulte d'une incompatibilité possible entre les versions française et anglaise du par. 214(5). Au moment de l'infraction, l'expression «*while committing*» était rendue en français par le terme «concommittant» (*sic*) qui, en 1983, a été remplacé par l'expression «en commettant». Ce changement dans la version française revêt-il quelque importance en ce qui concerne l'interprétation du par. 214(5)? Je ne le crois pas. Je suis d'accord avec le juge Beaugard de la Cour d'appel du Québec qui a dit: «Il me semble que la modification n'a rien apporté de nouveau. Le mot «concommittant» (*sic*) signifiait «*while committing*» ou «en commettant».»

(ii) La jurisprudence

J'en viens maintenant à certaines décisions susceptibles de nous éclairer sur le sens du mot «concomitant». Les avocats de l'appelante font valoir

in s. 214(5) should not be held to require the murder and the underlying offence to take place simultaneously. They seek to support this contention by reference to the judicial interpretation of the same words in s. 213.

Section 213 transforms culpable homicide into murder where a person causes the death of a human being "while committing" any one of a number of serious offences, provided that the case falls within one of the four categories listed in clauses 213(a) to 213(d). The cases have consistently construed the words "while committing" in s. 213 to include cases where the homicide is committed during flight after commission of the underlying offence: see *R. v. Vaillancourt* (1974), 16 C.C.C. (2d) 137 (Ont. C.A.), aff'd [1976] 1 S.C.R. 13; *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518 (Ont. C.A.) The appellant's argument is that because "while committing" is broadly construed in s. 213 it should also be broadly construed in s. 214(5).

This argument, in my view, is not sound. The particular construction placed on the words "while committing" in s. 213 was mandated by the reference to flight in paras. (a)(ii) and (d)(ii) of that section. As Martin J.A. noted in *Stevens, supra*, at p. 540: "Any other interpretation [of the words "while committing"] would deprive paras. (a)(ii) and (d)(ii) of s. 213 of any meaning and would render them inoperative . . ." Section 214(5), however, contains no such references to flight. Thus, no analogy may properly be drawn from judicial interpretation of the words "while committing" in s. 213. The same words appearing in s. 214(5) must be interpreted in the particular context of that section.

In *R. v. Gourgon and Knowles (No. 1)* (1979), 9 C.R. (3d) 313 (B.C.S.C.) (appeal allowed on other grounds (1979), 19 C.R. (3d) 272 (B.C.C.A.)), Anderson J. construed the words very narrowly. He stated at p. 319:

que ce terme employé au par. 214(5) ne doit pas être considéré comme exigeant la simultanéité du meurtre et de l'infraction sous-jacente. Pour étayer ce point de vue, ils invoquent l'interprétation donnée par les tribunaux à l'expression «while committing» que l'on trouve à l'art. 213, où elle est rendue en français par «pendant qu'elle commet».

L'article 213 transforme l'homicide coupable en meurtre chaque fois qu'une personne cause la mort d'un être humain «pendant qu'elle commet» l'une des infractions graves énumérées, pourvu que l'affaire relève de l'une des quatre catégories établies aux al. 213a) à 213d). Les tribunaux ont systématiquement interprété l'expression «pendant qu'elle commet» à l'art. 213 de manière à inclure les cas où l'homicide est commis au cours de la fuite après la perpétration de l'infraction sous-jacente: voir *R. v. Vaillancourt* (1974), 16 C.C.C. (2d) 137 (C.A. Ont.), conf. par [1976] 1 R.C.S. 13; *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518 (C.A. Ont.) L'appelante soutient que, puisque l'expression «pendant qu'elle commet» reçoit une interprétation large dans le contexte de l'art. 213, le terme correspondant devrait être interprété de la même manière dans le contexte du par. 214(5).

Cet argument, selon moi, est mal fondé. L'interprétation particulière donnée à l'expression «pendant qu'elle commet» à l'art. 213 s'impose en raison de la mention de fuite aux sous-al. a)(ii) et d)(ii) de cet article. Comme l'a souligné le juge Martin dans l'arrêt *Stevens*, précité, à la p. 540: [TRADUCTION] «Toute autre interprétation [de l'expression «pendant qu'elle commet»] dépouillerait les sous-al. a)(ii) et d)(ii) de l'art. 213 de tout sens et les rendrait inopérants . . . » Toutefois, le par. 214(5) ne parle pas de fuite. Par conséquent, on ne saurait à bon droit faire d'analogie avec la façon dont les tribunaux ont interprété l'expression «pendant qu'elle commet» employée à l'art. 213. Le terme équivalent qui figure au par. 214(5) doit s'interpréter dans le contexte particulier de ce paragraphe.

Dans la décision *R. v. Gourgon and Knowles (No. 1)* (1979), 9 C.R. (3d) 313 (C.S.C.-B.) (appel accueilli pour d'autres motifs (1979), 19 C.R. (3d) 272 (C.A.C.-B.)), le juge Anderson a interprété le terme en question d'une manière fort restrictive. Il dit, à la p. 319:

The words "while committing" in s. 214(5) relate to the time of the commission of the offence of "forcibly confining" and to no other time.

I agree that the words "while committing" in s. 214(5) do not apply to "flight", and that unlike s. 213, the words "while committing" do not have to be given an extended meaning to make sense out of s. 214(5).

It should be noted, however, that Anderson J.'s comments on the interpretation issue were *obiter* since in that case the underlying offence of confinement was continuing at the very instant the death took place.

Further support for the narrow interpretation is found in two subsequent cases: *R. v. Kjeldsen* (1980), 53 C.C.C. (2d) 55 (Alta. C.A.), and *R. v. Sargent* (1983), 5 C.C.C. (3d) 429 (Sask. C.A.) In the latter case, the victim was killed after she had been raped by either the appellant or his companion or both. Hall J.A., speaking for the Court concluded at p. 436:

It is manifest that the jury, in returning a verdict of guilty of first degree murder accepted those portions of the evidence which were most unfavourable to the appellant. However, in that event, there is no basis upon which the jury could return the verdict which they did. If the jury found, on the evidence before them, that a rape had occurred, it is clear that the death of the deceased did not occur while that offence was being committed. That is, there was no evidence to support the finding that the actions which resulted in the death of Lenny Lou Cosgrove were perpetrated by the appellant (either alone or with Massong) *while committing the offence of rape*. On the only evidence before the jury, the murder was committed after the actual rape. Therefore the provisions of s. 214(5) do not apply to establish the offence of first degree murder: see *R. v. Kjeldsen* . . .

Kjeldsen took the same approach. In that case the appellant raped his victim and then tied her up. A short time later she freed herself and the appellant then killed her. At trial the appellant was convicted of first degree murder. The Court of Appeal substituted a conviction of second degree

[TRADUCTION] Le terme «concommittant» (*sic*) utilisé au par. 214(5) se rapporte exclusivement au moment de la perpétration de l'infraction de «séquestration».

Je suis d'accord pour dire que le mot «concommittant» (*sic*) employé au par. 214(5) ne s'applique pas à la «fuite» et qu'il n'est pas nécessaire, pour que le par. 214(5) ait un sens, de donner au mot «concomitant» une signification élargie. Il n'en va toutefois pas de même de l'expression «pendant qu'elle commet» qu'on trouve à l'art. 213.

Il convient cependant de faire remarquer que les observations du juge Anderson sur la question de l'interprétation constituent une opinion incidente puisque, dans cette affaire, l'infraction sous-jacente, celle de séquestration, se continuait au moment même où le décès est survenu.

L'interprétation restrictive est en outre appuyée par deux arrêts subséquents: *R. v. Kjeldsen* (1980), 53 C.C.C. (2d) 55 (C.A. Alb.), et *R. v. Sargent* (1983), 5 C.C.C. (3d) 429 (C.A. Sask.) Dans cette dernière affaire, la victime avait été tuée après avoir été violée par l'appellant ou par son compagnon, ou encore par les deux à la fois. Le juge Hall, s'exprimant au nom de la cour, conclut à la p. 436:

[TRADUCTION] Il est évident que, si le jury a rendu un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré, c'est parce qu'il a retenu les éléments de preuve les plus défavorables à l'appellant. Dans cette hypothèse, cependant, ce verdict était sans fondement. En effet, bien que le jury ait conclu sur la foi de la preuve qu'il y avait eu viol, il est clair que la mort de la victime ne s'est pas produite pendant la perpétration de cette infraction. En d'autres termes, il n'y avait aucun élément de preuve justifiant la conclusion que les actes qui ont entraîné la mort de Lenny Lou Cosgrove ont été perpétrés par l'appellant (seul ou avec Massong) *pendant qu'il commettait l'infraction de viol*. D'après les seuls éléments de preuve dont disposait le jury, le meurtre a été commis après le viol. Par conséquent, les dispositions du par. 214(5) ne s'appliquent pas de manière à établir la perpétration de l'infraction de meurtre au premier degré: voir *R. v. Kjeldsen* . . .

Le même point de vue a été adopté dans l'arrêt *Kjeldsen*. Dans cette affaire, l'appellant a violé sa victime, puis l'a ligotée. Peu après, elle s'est libérée et l'appellant l'a alors tuée. Au procès, l'appellant a été reconnu coupable de meurtre au premier degré. La Cour d'appel a substitué à ce verdict une

murder. The Court did not analyze the meaning of the words “while committing” in s. 214(5) but appeared to assume that these words required the underlying offence and the murder to occur simultaneously (p. 85).

The courts, however, have not been unanimous in adopting the narrow interpretation. In *R. v. Stevens, supra*, another case of rape and murder, Martin J.A. held that there was sufficient evidence on which a jury could conclude that the murder took place during the commission of an indecent assault. He went on, however, to make some interesting comments on the interpretation of the words “while committing” in s. 214(5). At page 541, he states:

Thus, it appears clear that where death is caused after the underlying offence is complete and the act causing death is committed for the purpose of facilitating the flight of the offender, the murder is not under ss. 213 and 214(5)(b) first degree murder.

I do not wish, however, to be taken as holding that where the act causing death and the acts constituting the rape, attempted rape, indecent assault or an attempt to commit indecent assault, as the case may be, all form part of one continuous sequence of events forming a single transaction, that death would not be caused during the commission of the offence, even though the underlying offence in s. 213 in a sense could be said to be then complete.

The suggestion here is that the words “while committing” in s. 214(5) do not require an exact coincidence of the murder with the underlying offence. Rather, they require a close temporal and causative link between the two. Which of the competing interpretations should be adopted?

### (iii) Strict Construction

Counsel for the respondent argue that the doctrine of strict construction of criminal statutes requires that this Court adopt the interpretation most favourable to the accused. According to this argument the words “while committing” must be narrowly construed so as to elevate murder to first degree only when the death and the underlying

déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Bien que la cour n'ait pas analysé le sens du mot «concommittant» (*sic*) figurant au par. 214(5), elle paraît avoir tenu pour acquis qu'il exigeait la simultanéité du meurtre et de l'infraction sous-jacente (p. 85).

Les tribunaux n'ont toutefois pas été unanimes à adopter l'interprétation restrictive. Dans *R. v. Stevens*, précité, une autre affaire de viol et de meurtre, le juge Martin a décidé qu'il existait une preuve suffisante pour permettre à un jury de conclure que le meurtre avait eu lieu au cours de la perpétration d'un attentat à la pudeur. Il a cependant ajouté des observations intéressantes concernant l'interprétation du mot «concommittant» (*sic*) employé au par. 214(5). À la page 541, il dit:

[TRADUCTION] Il paraît donc évident que, dans un cas où la mort est causée après la perpétration de l'infraction sous-jacente et où l'acte qui cause la mort est accompli pour faciliter la fuite du délinquant, l'art. 213 et l'al. 214(5)b) ne s'appliquent pas de manière à en faire un meurtre au premier degré.

Je ne veux toutefois pas qu'on croie que je conclus que, lorsque l'acte causant la mort et les actes constituant le viol, la tentative de viol, l'attentat à la pudeur ou la tentative d'attentat à la pudeur, selon le cas, font tous partie d'une suite ininterrompue d'événements qui constituent une seule affaire, il ne s'agit pas à ce moment-là d'une mort causée pendant la perpétration de l'infraction, même si on peut dire que l'infraction sous-jacente visée par l'art. 213 était alors en quelque sorte complète.

On laisse entendre ici que le terme «concommittant» (*sic*) qui figure au par. 214(5) ne requiert pas qu'il y ait simultanéité parfaite du meurtre et de l'infraction sous-jacente. Il requiert plutôt l'existence d'un étroit lien temporel et causal entre les deux. Quelle interprétation convient-il donc d'adopter?

### (iii) L'interprétation stricte

Les avocats de l'intimé soutiennent que le principe de l'interprétation stricte des lois en matière criminelle exige que cette Cour adopte l'interprétation la plus favorable à l'accusé. Suivant cet argument, le mot «concommittant» doit recevoir une interprétation restrictive, de manière à ce que le meurtre ne devienne un meurtre au premier degré



offence occur simultaneously. In order to assess the validity of this position we must examine the doctrine of strict construction.

The doctrine is one of ancient lineage. It reached its pinnacle of importance in a former age when the death penalty attached to a vast array of offences. As Stephen Kloepfer points out in his article "The Status of Strict Construction in Canadian Criminal Law" (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 553, at pp. 556-60, the doctrine was one of many tools employed by the judiciary to soften the impact of the Draconian penal provisions of the time. Over the past two centuries criminal law penalties have become far less severe. Criminal law remains, however, the most dramatic and important incursion that the state makes into individual liberty. Thus, while the original justification for the doctrine has been substantially eroded, the seriousness of imposing criminal penalties of any sort demands that reasonable doubts be resolved in favour of the accused.

This point was underlined by Dickson J. (as he then was) in *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108, at p. 115:

It is unnecessary to emphasize the importance of clarity and certainty when freedom is at stake. No authority is needed for the proposition that if real ambiguities are found, or doubts of substance arise, in the construction and application of a statute affecting the liberty of a subject, then that statute should be applied in such a manner as to favour the person against whom it is sought to be enforced. If one is to be incarcerated, one should at least know that some Act of Parliament requires it in express terms, and not, at most, by implication.

The continued vitality of the doctrine is further evidenced by the decisions in *R. v. Goulis* (1981), 60 C.C.C. (2d) 347 (Ont. C.A.), and *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621. The question, therefore, is not whether the doctrine of strict construction exists but what its implications are for this case.

que si la mort et l'infraction sous-jacente se produisent simultanément. Pour pouvoir juger du bien-fondé de ce point de vue, il nous faut examiner le principe de l'interprétation stricte.

<sup>a</sup> Il s'agit d'un principe très ancien dont l'importance a atteint son apogée à une époque révolue où un grand nombre d'infractions entraînaient la peine capitale. Comme le fait remarquer Stephen Kloepfer dans son article intitulé «The Status of Strict Construction in Canadian Criminal Law» (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 553, aux pp. 556 à 560, ce principe n'était qu'un outil parmi tant d'autres employés par les tribunaux pour atténuer l'effet des dispositions pénales draconiennes de l'époque. Au cours des deux derniers siècles, les peines prévues en droit criminel sont devenues beaucoup moins sévères. Le droit criminel demeure toutefois <sup>b</sup> le domaine où l'État empiète de la manière la plus spectaculaire et la plus importante sur les libertés individuelles. Donc, bien que la justification initiale du principe ait été minée sensiblement, la gravité de l'imposition d'une peine quelconque en <sup>c</sup> matière criminelle commande que tout doute raisonnable joue en faveur de l'accusé.

Ce point a été souligné par le juge Dickson (alors juge puîné) dans l'arrêt *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, à la p. 115:

Il n'est pas nécessaire d'insister sur l'importance de la clarté et de la certitude lorsque la liberté est en jeu. Il n'est pas besoin de précédent pour soutenir la proposition qu'en présence de réelles ambiguïtés ou de doutes sérieux dans l'interprétation et l'application d'une loi visant la liberté d'un individu, l'application de la loi devrait alors être favorable à la personne contre laquelle on veut exécuter ses dispositions. Si quelqu'un doit être <sup>g</sup> <sup>h</sup> incarcéré, il devrait au moins savoir qu'une loi du Parlement le requiert en des termes explicites, et non pas, tout au plus, par voie de conséquence.

Le fait que le principe conserve encore toute sa <sup>i</sup> <sup>j</sup> vitalité se dégage aussi des arrêts *R. v. Goulis* (1981), 60 C.C.C. (2d) 347 (C.A. Ont.), et *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621. Par conséquent, la question qui se pose est non pas de savoir si le principe de l'interprétation stricte existe, mais plutôt de savoir quelles en sont les conséquences en l'espèce.

(iv) Applying the Doctrine

As we have noted above, it is clearly grammatically possible to construe the words “while committing” in s. 214(5) as requiring murder to be classified as first degree only if it is exactly coincidental with the underlying offence. This, however, does not end the question. We still have to determine whether the narrow interpretation of “while committing” is a reasonable one, given the scheme and purpose of the legislation.

In my view, the construction that counsel for the respondent would have us place on these words is not one that could reasonably be attributed to Parliament. The first problem with the exactly simultaneous approach flows from the difficulty in defining the beginning and end of an indecent assault. In this case, for example, after ejaculation the respondent sat up and put his pants back on. But for the next two minutes he kept his hand on his victim’s chest. Was this continued contact part of the assault? It does not seem to me that important issues of criminal law should be allowed to hinge upon this kind of distinction. An approach that depends on this kind of distinction should be avoided if possible.

A second difficulty with the exactly simultaneous approach is that it leads to distinctions that are arbitrary and irrational. In the present case, had the respondent strangled his victim two minutes earlier than he did, his guilt of first degree murder would be beyond dispute. The exactly simultaneous approach would have us conclude that the two minutes he spent contemplating his next move had the effect of reducing his offence to one of second degree murder. This would be a strange result. The crime is no less serious in the latter case than in the former; indeed, if anything, the latter crime is more serious since it involves some element of deliberation. An interpretation of s. 214(5) that runs contrary to common sense is not to be adopted if a reasonable alternative is available.

(iv) L’application du principe

Comme nous l’avons déjà souligné, il est nettement possible sur le plan grammatical d’interpréter le mot «concommittant» (*sic*), employé au par. 214(5), comme exigeant que le meurtre ne soit qualifié de meurtre au premier degré que s’il coïncide exactement avec l’infraction sous-jacente. Cela ne règle toutefois pas la question. Il reste encore à déterminer si, compte tenu du régime établi par le texte législatif en question et du but qu’il vise, il est raisonnable de donner une interprétation restrictive au terme «concomitant».

À mon avis, on ne saurait raisonnablement imputer au législateur l’interprétation que les avocats de l’intimé voudraient que nous donnions au mot en question. Le premier problème que pose la thèse de la simultanéité parfaite découle de la difficulté qu’il y a à définir le commencement et la fin d’un attentat à la pudeur. En l’espèce, par exemple, après avoir éjaculé, l’intimé s’est redressé et a remis son pantalon. Toutefois, pendant les deux minutes qui ont suivi, il a tenu sa main sur la poitrine de sa victime. Ce contact faisait-il partie de l’attentat? On ne doit pas permettre, me semble-t-il, que des questions importantes de droit criminel soient décidées en fonction de ce genre de distinction. En effet, il faut autant que possible éviter toute solution qui dépend d’une telle distinction.

La seconde difficulté que soulève la thèse de la simultanéité parfaite est qu’elle conduit à des distinctions qui sont à la fois arbitraires et irrationnelles. Dans la présente affaire, si l’intimé avait étranglé sa victime deux minutes auparavant, sa culpabilité de meurtre au premier degré serait incontestable. Or, la théorie de la simultanéité parfaite nous obligerait à conclure que les deux minutes qu’a passées l’intimé à réfléchir à ce qu’il ferait ensuite ont eu pour effet de réduire son infraction à un meurtre au deuxième degré. Ce serait un résultat étrange. Le crime n’est pas moins grave dans ce dernier cas que dans le premier; en fait, il est peut-être plus grave parce qu’il comprend un certain élément de réflexion. Toute interprétation du par. 214(5) qui choque le bon sens doit en conséquence être rejetée s’il existe une autre interprétation raisonnable.

In my view, such an interpretation has been provided by Martin J.A. in *Stevens, supra*. As noted above, Martin J.A. suggested that "where the act causing death and the acts constituting the rape, attempted rape, indecent assault or an attempt to commit indecent assault, as the case may be, all form part of one continuous sequence of events forming a single transaction" the death was caused "while committing" an offence for the purposes of s. 214(5). This interpretation eliminates the need to draw artificial lines to separate the commission and the aftermath of an indecent assault. Further, it eliminates the arbitrariness inherent in the exactly simultaneous approach. I would, therefore, respectfully adopt Martin J.A.'s single transaction analysis as the proper construction of s. 214(5).

This approach, it seems to me, best expresses the policy considerations that underlie the provision. Section 214, as we have seen, classifies murder as either first or second degree. All murders are serious crimes. Some murders, however, are so threatening to the public that Parliament has chosen to impose exceptional penalties on the perpetrators. One such class of murders is that found in s. 214(5), murders done while committing a hijacking, a kidnapping and forcible confinement, a rape, or an indecent assault. An understanding of why this class of murder is elevated to murder in the first degree is a helpful guide to the interpretation of the language.

The Law Reform Commission of Canada addressed this issue in its paper on *Homicide* (Working Paper 33, 1984). At page 79, the paper states:

... there is a lack of rationale in the law. Subsection 214(5) provides that, whether planned and deliberate or not, murder is first degree murder when committed in the course of certain listed offences. It is curious that the list there given is considerably shorter than that given in section 213 which makes killing murder if done in the commission of certain specified offences. Inspection and comparison of the two lists, however, reveal no organ-

À mon avis, une telle interprétation a été donnée par le juge Martin dans l'arrêt *Stevens*, précité. Rappelons que le juge Martin a laissé entendre que, «lorsque l'acte causant la mort et les actes constituant le viol, la tentative de viol, l'attentat à la pudeur ou la tentative d'attentat à la pudeur, selon le cas, font tous partie d'une suite ininterrompue d'événements qui constituent une seule affaire», la mort est «concomitante» d'une infraction aux fins du par. 214(5). Cette interprétation élimine la nécessité de tracer des lignes de démarcation artificielles entre la perpétration et les suites d'un attentat à la pudeur. De plus, elle fait disparaître tout l'arbitraire inhérent à la thèse de la simultanéité parfaite. Avec égards, j'estime donc que la théorie d'une seule affaire élaborée par le juge Martin constitue la bonne façon d'interpréter le par. 214(5).

Cette solution me paraît le mieux exprimer les considérations de politique générale qui sous-tendent la disposition en question. L'article 214, comme nous l'avons vu, crée deux catégories de meurtres: ceux du premier degré et ceux du deuxième degré. Tout meurtre est un crime grave. Certains meurtres, cependant, sont à ce point menaçants pour le public que le législateur a choisi d'imposer à leurs auteurs des peines exceptionnelles. Font partie de cette catégorie, les meurtres énoncés au par. 214(5), c'est-à-dire ceux concomitants de la perpétration d'un détournement d'aéronef, d'un enlèvement et d'une séquestration, d'un viol ou d'un attentat à la pudeur. Or, la compréhension de la raison pour laquelle les meurtres de cette catégorie ont été élevés au rang de meurtres au premier degré nous aide à interpréter le texte de la disposition en cause.

La Commission de réforme du droit du Canada aborde la question dans son ouvrage intitulé *L'homicide* (document de travail 33, 1984). Ce document porte, à la p. 90:

... les règles du droit actuel sont caractérisées par l'absence de principe directeur. Ainsi, le paragraphe 214(5) dispose que même en l'absence de préméditation, un meurtre est un meurtre au premier degré lorsqu'il est commis au cours de la perpétration de certaines infractions prescrites. Assez curieusement, la liste des infractions en cause est beaucoup plus courte que celle de l'article 213, suivant lequel l'homicide est un meurtre

izing principle in either of them and no rationale for the difference between them.

With respect, I disagree. The offences listed in s. 214(5) are all offences involving the unlawful domination of people by other people. Thus an organizing principle for s. 214(5) can be found. This principle is that where a murder is committed by someone already abusing his power by illegally dominating another, the murder should be treated as an exceptionally serious crime. Parliament has chosen to treat these murders as murders in the first degree.

Refining then on the concept of the "single transaction" referred to by Martin J.A. in *Stevens*, *supra*, it is the continuing illegal domination of the victim which gives continuity to the sequence of events culminating in the murder. The murder represents an exploitation of the position of power created by the underlying crime and makes the entire course of conduct a "single transaction". This approach, in my view, best gives effect to the philosophy underlying s. 214(5).

(v) The Charge to the Jury

Given this interpretation of s. 214(5), was Bienvenue J.'s charge to the jury acceptable? The trial judge gave a number of definitions of "while committing". I do not think, however, that these definitions would have confused the jury or included events too remote from the underlying offence. The words "while committing" in s. 214(5) include conduct which is part of one continuous sequence of events forming a single transaction with the underlying offence. The trial judge's instruction to the jury was in line with this interpretation since it emphasized the need for connection between the two offences but without demanding that they occurred simultaneously.

lorsqu'il est commis au cours de la perpétration de certaines infractions. Or, l'analyse et la comparaison de ces deux listes ne révèle (*sic*) aucun principe directeur qui puisse justifier leur disparité.

<sup>a</sup> Avec égards, je ne suis pas de cet avis. Les infractions énumérées au par. 214(5) comportent toutes un élément de domination illégale de certaines personnes par d'autres personnes. On peut donc dégager du par. 214(5) un principe directeur. Sui-  
<sup>b</sup> vant ce principe, lorsqu'un meurtre est perpétré par une personne qui commet déjà un abus de pouvoir en dominant illégalement une autre per-  
<sup>c</sup> sonne, ce meurtre doit être traité comme un crime exceptionnellement grave. Aussi, le législateur a-t-il décidé d'assimiler ce type de meurtres à des meurtres au premier degré.

Précisons donc relativement à la notion d'«une seule affaire» dont parle le juge Martin dans l'arrêt *Stevens*, précité, que c'est la domination illégale continue exercée sur la victime qui confère de la continuité à la suite d'événements qui aboutissent au meurtre. Le meurtre représente une exploitation de la position de force créée par l'infraction sous-jacente et fait de l'ensemble des actes qui constituent la conduite en question «une seule affaire». C'est ce point de vue qui, à mon avis,  
<sup>d</sup> traduit le mieux la philosophie qui sous-tend le par. 214(5).  
<sup>e</sup>

(v) L'exposé au jury

Compte tenu de cette interprétation du par. 214(5), l'exposé du juge Bienvenue au jury était-il acceptable? Le juge du procès a donné un certain nombre de définitions du mot «concomitant». Je ne crois pas cependant que ces définitions aient eu pour effet de semer la confusion dans l'esprit des jurés ni qu'elles aient englobé des événements trop éloignés de l'infraction sous-jacente. Le mot «concomittant» (*sic*) employé au par. 214(5) à l'époque en cause comprend une conduite qui fait partie d'une suite ininterrompue d'événements qui constituent une seule affaire avec l'infraction sous-jacente. L'exposé du juge du procès au jury était en harmonie avec cette interprétation puisqu'il insistait sur la nécessité d'un lien entre les deux infractions, sans toutefois exiger la simultanéité de celles-ci.  
<sup>f</sup>  
<sup>g</sup>  
<sup>h</sup>  
<sup>i</sup>  
<sup>j</sup>

4. Conclusion

The respondent murdered Steeve Duranleau two minutes after indecently assaulting him. The killing was motivated by fear that the boy would tell his mother about the indecent assault. The jury found the respondent guilty of first degree murder. They were entitled to do so. The murder was temporally and causally connected to the underlying offence. It formed part of one continuous sequence of events. It was part of the same transaction.

I would allow the appeal and restore the conviction of first degree murder.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Robert Parrot, Québec.*

*Solicitor for the respondent: Jean-Guy Gilbert, Québec.*

4. Conclusion

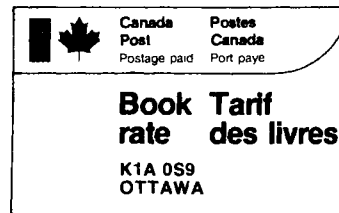
L'intimé a assassiné Steeve Duranleau deux minutes après avoir commis sur lui un attentat à la pudeur. Le meurtre a été motivé par la crainte que le garçon ne raconte cet attentat à sa mère. Le jury a reconnu l'intimé coupable de meurtre au premier degré. Il était en droit de le faire. En effet, il existait entre le meurtre et l'infraction sous-jacente un lien temporel et causal. Le meurtre faisait partie d'une suite ininterrompue d'événements. Il faisait partie d'une seule et même affaire.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: Robert Parrot, Québec.*

*Procureur de l'intimé: Jean-Guy Gilbert, Québec.*



*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, 1987 Vol. 2**

and

**Tables**

**5<sup>e</sup> cahier, 1987 Vol. 2**

et

**Tables**

Cited as [1987] 2 S.C.R. { i-xlvi  
636-771

Renvoi [1987] 2 R.C.S. { i-xlvi  
636-771

---

**NOTICE**

Volume 2 of the Supreme Court Reports [1987] will only contain five parts.

February 1988

**AVIS**

Le deuxième volume du Recueil des arrêts de la Cour suprême [1987] ne comprend que cinq cahiers.

Février 1988



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

Title Page .....	i
List of Judges .....	ii
Errata .....	iv
Motions .....	v
Table of Judgments .....	xiii
Table of Cases Cited .....	xxi
Statutes and Regulations Cited .....	xxxv
Authors Cited .....	xliii
Index .....	759

### **Calgary (City of) v. Northern Construction Co. .... 757**

Contracts — Tender expressly irrevocable for stated period or until acceptance of another bid — Tender opened and accepted — Mistake in preparation of bid — Contractor not entitled to refuse performance of contract.

### **Howard v. Stony Mountain Institution Inmate Disciplinary Court ..... 687**

Appeal — Academic issue — Appeal quashed.

### **Klimashewski v. Klimashewski Estate ..... 754**

Courts — Appeal — Evidence — Appeal Court erred in substituting its view of weight of the evidence for that of trial judge.

*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

Page titre .....	i
Liste des juges .....	iii
Errata .....	iv
Requêtes .....	v
Table des jugements .....	xvii
Table de la jurisprudence .....	xxi
Lois et règlements cités .....	xxxix
Doctrine citée .....	xliii
Index .....	765

### **Calgary (Ville de) c. Northern Construction Co. .... 757**

Contrats — Soumission expressément irrévocable pendant un délai fixé ou jusqu'à l'acceptation d'une autre soumission — Soumission ouverte et acceptée — Erreur dans la préparation de la soumission — L'entrepreneur n'a pas le droit de refuser d'exécuter le contrat.

### **Howard c. Tribunal disciplinaire des détenus de l'établissement de Stony Mountain ..... 687**

Appel — Question théorique — Appel annulé.

*Suite à la page suivante*

## CÓNTENTS (Continued)

### Lensen v. Lensen ..... 672

Courts — Appellate review — Alleged oral contract with respect to transfer of land — Appellate court reversing trial judge's finding no contract — Whether or not trial judge found no oral contract existed — Whether or not Court of Appeal erred by substituting its version of the facts — Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, c. C-42, s. 8.

### R. v. Barrow ..... 694

Criminal law — Juries — Empanelling — Procedure — Members of jury array queried following arraignment and plea to determine if they should be excused because of connection to the case or partiality due to pre-trial publicity — Screening conducted privately between judge and juror in open court but accused and counsel unable to hear — Accused permitted to challenge for cause the remaining jurors — Whether or not procedure improper — If so, whether or not appellant's trial vitiated so that appeal from conviction should be allowed — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 110(1)(d), 423(1)(d), 558, 567, 569(2), 573, 577, 598, 599, 600, 613(1)(b)(iii) — Juries Act, S.N.S. 1969, c. 12, ss. 1(m), 4(2).

Criminal law — Conspiracy to gain contributions for governing party through influence peddling — Whether or not political party a "person" — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 110(1)(d).

Criminal law — Evidence of conspiracy — Hearsay rule and exception in cases of conspiracy — Whether or not judge's instructions correct.

Evidence — Good character evidence — Relevance to decision — Whether or not judge's instructions correct.

### R. v. Colgan ..... 686

Criminal law — Information — Sufficiency — Theft — Whether the information met the requirements of s. 510(3) of the Criminal Code.

### R. v. Genser ..... 685

Criminal law — Conspiracy — Conspiracy to traffic in a narcotic — Directed verdict of acquittal — Whether there was evidence upon which a jury could reasonably have convicted.

### R. v. Grimwood ..... 755

Income tax — Offences — Taxpayer convicted for failing to comply with Minister's demand for information within the time specified — Minister making second demand for the same information — Taxpayer convicted again for failing to comply with the demand — Taxpayer's failure to comply with a new demand for information constituting a new offence — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 231(3), 238(2).

### R. v. Laviolette ..... 667

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Constructive murder — Death caused by accomplice during break, enter and robbery — Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of *mens rea* with respect to death of victim —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### Klimashewski c. Succession Klimashewski ..... 754

Tribunaux — Appel — Preuve — La Cour d'appel a commis une erreur en substituant son appréciation de la preuve à celle du juge de première instance.

### Lensen c. Lensen ..... 672

Tribunaux — Examen par une juridiction d'appel — Allégation de contrat verbal de cession de bien-fonds — Constatation de l'inexistence d'un contrat par le juge de première instance infirmée par la juridiction d'appel — Le juge de première instance a-t-il conclu à l'inexistence d'un contrat verbal? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant sa propre version des faits — Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, chap. C-42, art. 8.

### R. c. Barrow ..... 694

Droit criminel — Jury — Formation du jury — Procédure — Interrogatoire de membres du tableau des jurés après l'interpellation et le plaidoyer en vue de décider de l'opportunité de les libérer pour cause de liens avec l'affaire ou de partialité due à la publicité ayant précédé le procès — Sélection effectuée privément entre le juge et le juré, dans la salle d'audience mais sans que l'accusé et son avocat puissent entendre — Accusé autorisé à demander la récusation motivée des jurés restants — La procédure est-elle irrégulière? — Dans l'affirmative, le procès de l'appelant est-il entaché de nullité de sorte que le pourvoi formé contre la déclaration de culpabilité devrait être accueilli? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 110(1)(d), 423(1)(d), 558, 567, 569(2), 573, 577, 598, 599, 600, 613(1)(b)(iii), — Juries Act, S.N.S. 1969, chap. 12, art. 1(m), 4(2).

Droit criminel — Complot pour obtenir des contributions au profit du parti au pouvoir en recourant à un trafic d'influence — Un parti politique est-il une «personne»? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 110(1)(d).

Droit criminel — Preuve d'un complot — Règle du *ouï-dire* et exception dans les cas de complot — Les directives du juge étaient-elles appropriées?

Preuve — Preuve de bonne moralité — Pertinence — Les directives du juge étaient-elles appropriées?

### R. c. Colgan ..... 686

Droit criminel — Dénonciation — Caractère suffisant — Vol — La dénonciation satisfait-elle aux exigences de l'art. 510(3) du Code criminel?

### R. c. Genser ..... 685

Droit criminel — Complot — Complot en vue de faire le trafic de stupéfiants — Verdict d'acquiescement imposé — Y avait-il des éléments de preuve en fonction desquels un jury pouvait raisonnablement prononcer une déclaration de culpabilité?

### R. c. Grimwood ..... 755

Impôt sur le revenu — Infractions — Contribuable condamné pour avoir refusé d'obtempérer à une demande de renseignements du ministre dans le délai fixé — Seconde demande du

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Accused's conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element — Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 and 11(d) of the Charter.

Criminal law — Constructive murder — Fundamental justice — Presumption of innocence — Death caused by accomplice during break, enter and robbery — Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of *mens rea* with respect to death of victim — Accused's conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element — Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 and 11(d) of the Charter.

### **R. v. Rubio** ..... 688

Criminal law — Appeal by the Crown — Question of law alone — Intent — Verdict of manslaughter set aside on appeal and new trial ordered on original charge of second-degree murder — Accused's intent a question of fact — Verdict of manslaughter reinstated.

### **R. v. St-Pierre** ..... 690

Criminal law — Narcotics — Possession of a narcotic for the purpose of trafficking — Nature of the substance seized — Procedure of analysis — "Evidence to the contrary" within the meaning of s. 9 of the Narcotic Control Act — Trial judge erred as to the scope of the *Oliver* case.

### **R. v. Uddin** ..... 692

Criminal law — Appeal as of right — Dissent in the Court of Appeal not on a question of law.

### **R. v. Urbanovich** ..... 693

Criminal law — Appeal as of right — Accused convicted of criminal negligence causing death — Conviction affirmed by a majority of the Court of Appeal — Appeal to the Supreme Court of Canada only an invitation to review the sufficiency of the evidence — Appeal dismissed.

### **R. v. Vaillancourt** ..... 636

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Constructive murder — Death caused by accomplice during robbery — Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of *mens rea* with respect to death of victim — Accused's conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element — Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Constructive murder — Fundamental justice — Presumption of innocence — Death caused by accomplice during robbery — Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of *mens rea* with respect to death of victim — Accused's conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element — Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

ministre visant les mêmes renseignements — Contribuable de nouveau condamné pour avoir refusé d'obtempérer à la seconde demande — Le refus du contribuable d'obtempérer à une nouvelle demande de renseignements constitue une nouvelle infraction — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 231(3), 238(2).

### **R. c. Lavolette** ..... 667

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Meurtre par imputation — Mort causée par un complice au cours de la perpétration d'une introduction par effraction et d'un vol qualifié — Preuve d'une conduite intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la *mens rea* relativement à la mort de la victime — Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel — L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 et 11d) de la Charte?

Droit criminel — Meurtre par imputation — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Mort causée par un complice au cours de la perpétration d'une introduction par effraction et d'un vol qualifié — Preuve d'une conduite intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la *mens rea* relativement à la mort de la victime — Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel — L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 et 11d) de la Charte?

### **R. c. Rubio** ..... 688

Droit criminel — Appel du ministère public — Question de droit seulement — Intention — Verdict d'homicide involontaire coupable annulé en appel et nouveau procès ordonné sur l'accusation originale de meurtre au deuxième degré — L'intention de l'accusé est une question de fait — Verdict d'homicide involontaire coupable rétabli.

### **R. c. St-Pierre** ..... 690

Droit criminel — Stupéfiants — Possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic — Nature de la substance saisie — Procédure d'analyse — «Preuve contraire» au sens de l'art. 9 de la Loi sur les stupéfiants — Erreur du juge du procès relativement à la portée de l'arrêt *Oliver*.

### **R. c. Uddin** ..... 692

Droit criminel — Pourvoi de plein droit — La dissidence en Cour d'appel ne porte pas sur une question de droit.

### **R. c. Urbanovich** ..... 693

Droit criminel — Pourvoi de plein droit — Accusé déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort — Déclaration de culpabilité confirmée par la Cour d'appel à la majorité — Pourvoi en Cour suprême du Canada ne constituant qu'une invitation à examiner le caractère suffisant de la preuve — Pourvoi rejeté.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **Théberge v. Métabetchouan (Town of) ..... 746**

Municipal law — By-laws — By-law relating to construction of municipal building and loan to pay cost — By-law approved by small majority of voters — Legal delay between publication of poll notice and day of poll not observed — Whether failure to observe this formal requirement invalidated poll and by-law — Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193, ss. 335, 399, 400, 593.

## SOMMAIRE (Fin)

### **R. c. Vaillancourt ..... 636**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Meurtre par imputation — Mort causée par un complice au cours d'un vol qualifié — Preuve d'une conduite intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la *mens rea* relativement à la mort de la victime — Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel — L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit criminel — Meurtre par imputation — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Mort causée par un complice au cours d'un vol qualifié — Preuve d'une conduite intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la *mens rea* relativement à la mort de la victime — Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel — L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

### **Théberge c. Métabetchouan (Ville de) ..... 746**

Droit municipal — Règlements — Règlement relatif à la construction d'un édifice municipal et à un emprunt pour en acquitter le coût — Règlement approuvé par une faible majorité d'électeurs — Non-respect du délai légal entre la publication de l'avis de scrutin et le jour du scrutin — L'inobservation de cette formalité entraîne-t-elle la nullité du scrutin et du règlement? — Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, chap. 193, art. 335, 399, 400, 593.



## 1987 Volume 2

### **Canada Supreme Court Reports**

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

*Published pursuant to 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.R.

*Registraire de la Cour*

*Arrétiste en chef*

Anne Roland, LL.L.

*Arrétistes*

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

**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

## ERRATA

- [1987] 1 S.C.R. p. 315, line *h-2* of the English version. Read “protection is sought” instead of “protection are sought”.
- [1987] 1 S.C.R. p. 391, line *g-1* of the English version. Read “protection is sought” instead of “protection are sought”.
- [1987] 1 S.C.R. p. 1111, line *g-2* of the English version. Read “Justices McIntyre, Lamer and Wilson” instead of “Justices Lamer and Wilson”.
- [1987] 2 S.C.R. p. 466, line *e-3* of the French version. Read “*créée* par une loi a-t-il le pouvoir légal” instead of “*créée* a-t-il le pouvoir légal”.
- [1987] 2 S.C.R. p. 469, line *b-4* of the French version. Read “Yvon Blais, 1982” instead of “Yvon Blais, 1984”.
- [1987] 1 R.C.S. p. 315, ligne *h-2* de la version anglaise. Lire «protection is sought» au lieu de «protection are sought».
- [1987] 1 R.C.S. p. 391, ligne *g-1* de la version anglaise. Lire «protection is sought» au lieu de «protection are sought».
- [1987] 1 R.C.S. p. 1111, ligne *g-2* de la version anglaise. Lire «Justices McIntyre, Lamer and Wilson» au lieu de «Justices Lamer and Wilson».
- [1987] 2 R.C.S. p. 466, ligne *e-3* de la version française. Lire «*créée* par une loi a-t-il le pouvoir légal» au lieu de «*créée* a-t-il le pouvoir légal».
- [1987] 2 R.C.S. p. 469, ligne *b-4* de la version française. Lire «Yvon Blais, 1982» au lieu de «Yvon Blais, 1984».



## MOTIONS—REQUÊTES

- 262654 Investments Ltd. v. Cuna of Ontario Credit Union Ltd.* (Ont.), 20530, leave to appeal refused, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Aldred v. The Queen* (Crim.)(C.M.A.C.)(F.C.A.)(Alta.), 20479, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Amway of Canada/Amway du Canada Ltée v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 20487, leave to appeal refused with costs, 3.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- André c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20514, leave to appeal refused, 19.11.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Arthur D. Little Inc. v. Coopers & Lybrand, and Newman, MacLean & Associates* (Man.), 20521, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Association des comptables généraux agréés du Canada c. Institut canadien des comptables agréés* (C.A.F.)(Qué.), 20512, leave to appeal refused with costs, 9.11.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ata v. The Queen* (Ont.), 20599, leave to appeal refused, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée.
- B. C. Rail v. Workers' Compensation Board* (B.C.), 20579, leave to appeal refused with costs, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bajor v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 20531, leave to appeal refused, 9.11.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Bank of Montreal v. Hall* (Sask.), 20373, leave to appeal granted, 29.7.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Bank of Montreal c. Ng* (Qué.), 20473, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Barrett v. Elite Insurance Co.* (Ont.), 20448, leave to appeal refused with costs, 19.11.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Baumet v. The Queen* (Sask.), 20086, notice of discontinuance filed, 29.6.87, avis de désistement produit.
- Beauchesne c. Sous-ministre du revenu du Québec* (Qué.), 20516, leave to appeal refused with costs, 17.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bertrand v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20502, leave to appeal refused, 2.10.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Bidulka v. Treasury Board (Agriculture Canada)* (Ont.), 20484, leave to appeal refused with costs, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boidman c. Films Caneuram Inc.* (Qué.), 20451, leave to appeal refused with costs, 1.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boidman c. Morgan Trust Co.* (Qué.), 20450, leave to appeal refused with costs, 1.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Borowski v. Attorney General for Canada* (Sask.), 20411, leave to appeal granted, 29.7.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Bougain c. Sous-ministre du revenu du Québec* (Qué.), 20426, leave to appeal refused with costs, 22.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bowater Canadian Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 20518, leave to appeal refused with costs, 19.11.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brattberg v. Royal Bank of Canada* (Alta.), 20353, leave to appeal refused with costs, 1.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bricmont c. Mathieu* (Qué.), 20492, leave to appeal refused, 19.11.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Brooks v. The Queen* (B.C.), 19990, leave to appeal refused, 9.11.87, autorisation de pourvoi refusée.

- Brown v. The Queen* (Crim.)(Man.), 19460, notice of discontinuance filed, 27.10.87, avis de désistement produit.
- Calgary (City of) v. Canada Mortgage and Housing Corporation* (Alta.), 20576, leave to appeal refused with costs, 17.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canada Life Insurance Co. v. Dauphinee* (N.S.), 20533, leave to appeal refused with costs, 9.11.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian General Electric Co. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 20446, leave to appeal refused with costs, 19.11.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Human Rights Commission v. Burke* (F.C.A.)(Ont.), 20527, leave to appeal refused with costs, 19.11.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Human Rights Commission v. Pitawanakwat* (F.C.A.), 20642, notice of discontinuance filed, 23.12.87, avis de désistement produit.
- Canadian National Railway Co. v. Laviolette* (N.B.), 20507, leave to appeal refused with costs, 3.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Radio-television and Telecommunications Commission v. Bell Canada* (F.C.A.)(Ont.), 20525, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Central Trust Co. v. City of Corner Brook* (Nfld.), 20436, leave to appeal refused with costs, 2.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ceus c. Minister of Employment and Immigration* (C.A.F.)(Qué.), 20443, leave to appeal refused, 19.11.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Clark v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20568, leave to appeal refused, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Collège d'enseignement général et professionnel de Dawson c. Baena* (Qué.), 20379, leave to appeal refused with costs, 17.9.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission canadienne des droits de la personne c. Canadian Pacific Ltd.* (C.A.F.), 20526, leave to appeal refused with costs, 9.11.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Compagnie de fiducie Morguard c. Ville de Montréal* (Qué.), 20468, leave to appeal refused with costs, 17.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Continental Casualty Co. v. Richards* (Alta.), 20524, leave to appeal refused with costs, 9.11.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Coopers & Lybrand Ltd. v. Ontario Milk Marketing Board* (Ont.), 20597, leave to appeal refused with costs, 17.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corr v. Vettese* (Ont.), 20522, leave to appeal refused with costs, 3.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cunningham v. Allen* (Man.), 20414, leave to appeal refused with costs, 1.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dersch v. Attorney General of Canada* (B.C.), 20580, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Deutsch Company c. Air Canada* (Qué.), 20596, leave to appeal granted, 17.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Devencore Inc. c. Investissements Pieraton Inc.* (Qué.), 20452, notice of discontinuance filed, 13.10.87, avis de désistement produit.
- Dhillon v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Man.), 20520, leave to appeal refused, 9.11.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Dick v. Roberts* (F.C.A.)(B.C.), 20377, leave to appeal granted, 29.7.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Doucette v. The Queen* (N.S.), 20453, leave to appeal refused, 1.10.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Drolet c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20308, leave to appeal refused, 19.11.87, autorisation de pourvoi refusée.

- Edmonton Journal v. Attorney General for Alberta* (Alta.), 20608, leave to appeal granted, 17.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Elgie v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 20420, leave to appeal refused, 17.9.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Ertel v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20474, leave to appeal refused, 3.12.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Fenêtres & Vitraux C.M. Ltée c. Procureur général du Québec* (Qué.), 20488, leave to appeal refused with costs, 1.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ferber v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20503, leave to appeal refused, 2.10.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Fougère v. Fougère* (N.B.), 20344, leave to appeal refused with costs, 17.9.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fraternité Unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, local 134 c. Office de la Construction du Québec* (Qué.), 20456, leave to appeal refused with costs, 22.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Garantie compagnie d'assurance de l'Amérique du Nord c. Procureur général du Canada* (Qué.), 20425, leave to appeal refused with costs, 9.11.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Geller v. Government of Saskatchewan* (Sask.), 20532, leave to appeal refused with costs, 1.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Général Motors Acceptance Corporation du Canada Ltée c. Banque Toronto-Dominion* (Qué.), 20476, leave to appeal refused with costs, 17.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gilles Desjardins Ltée c. Despaties* (Qué.), 20447, leave to appeal refused with costs, 9.11.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Harris v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20483, leave to appeal refused, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Henfrey Samson Bélair Ltd. v. Wedgewood Village Estates Ltd.* (B.C.), 20546, leave to appeal refused with costs, 17.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Héritiers de feu Eric Vilon c. Madill* (Qué.), 20499, leave to appeal refused with costs, 19.11.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Horne v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20481, leave to appeal refused, 3.12.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Horseman v. The Queen* (Alta.), 20582, leave to appeal granted, 17.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Houde c. Corporation municipale de la ville de Vanier* (Qué.), 20540, leave to appeal refused with costs, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Iarrera c. Feu Virginia Guinta Iarrera* (Qué.), 20511, leave to appeal refused with costs, 2.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Intercity Properties Ltd. v. Mason* (Ont.), 20564, leave to appeal refused with costs, 17.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- International Longshoremen's and Warehousemen's Union v. British Columbia Maritime Employers Association* (Ont.), 20601, leave to appeal refused with costs, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Irving Oil Ltd. v. City of Saint John* (N.B.), 20406, leave to appeal refused with costs, 17.9.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Johnson v. Caisse Populaire Laurier d'Ottawa Ltée* (Ont.), 20471, leave to appeal refused with costs, 2.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kaplinowski v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 20021, leave to appeal refused, 1.10.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Kessiloff v. Kessiloff* (Man.), 20486, 20611, leave to appeal refused with costs, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kessiloff v. Public Trustee of Manitoba* (Man.), 20485, 20600, 20657, leave to appeal refused with costs, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Kutilin v. Kutilin* (B.C.), 20517, leave to appeal refused with costs, 9.11.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kwok v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20490, leave to appeal refused, 9.11.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Labonté c. Sadler* (Qué.), 20586, leave to appeal refused with costs, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lac Brome (Ville de) c. Municipalité régionale de comté de Brome-Missisquoi* (Qué.), 20445, leave to appeal refused with costs, 1.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.* (Ont.), 20571, leave to appeal granted, 17.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Langlois c. Cloutier* (Qué.), 20519, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Lanzino v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20500, leave to appeal refused, 2.10.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Larocque v. Sprague* (N.B.), 20418, leave to appeal refused with costs, 17.9.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Larouche c. Boulangerie Racine Ltée* (Qué.), 20455, leave to appeal refused with costs, 1.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Leblanc v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20191, leave to appeal refused, 1.10.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Leduc c. La Reine* (Qué.), 20359, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Lemaigre v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20249, leave to appeal refused, 19.11.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Lemieux c. Fabrique de la paroisse de l'Ange Gardien* (Qué.), 20607, leave to appeal refused with costs, 17.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lind v. Sweden* (Ont.), 20562, leave to appeal refused, 17.12.87, autorisation de pourvoi refusée.
- London Life Insurance Co. v. Baker* (N.S.), 20393, leave to appeal refused with costs, 17.9.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mahe v. The Queen in right of Alberta* (Alta.), 20590, leave to appeal granted, 7.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Majalahti v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20496, leave to appeal refused, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Mayhew v. The Queen* (N.S.), 20284, leave to appeal refused, 17.9.87, autorisation de pourvoi refusée.
- McDonnell Douglas Corporation c. Air Canada* (Qué.), 20602, leave to appeal granted, 17.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- McGuire c. Sous-ministre du revenu du Québec* (Qué.), 20463, leave to appeal refused with costs, 2.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McNabb v. Skipp* (Crim.)(B.C.), 20322, notice of discontinuance filed, 15.10.87, avis de désistement produit.
- Millette c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20410, leave to appeal refused, 1.10.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Minhas v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20272, leave to appeal refused, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Minister of Finance of the province of New Brunswick v. Irving Pulp and Paper Ltd.* (N.S.), 20545, notice of discontinuance filed, 2.12.87, avis de désistement produit.
- Moose Jaw (City of) v. Saskatchewan Human Rights Commission* (Sask.), 20501, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Morest c. Marier* (Qué.), 20588, leave to appeal refused with costs, 17.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morin c. Communauté urbaine de Montréal* (Qué.), 20610, leave to appeal refused with costs, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Moysa v. Labour Relations Board* (Alta.), 20513, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.

- Musées nationaux du Canada c. Fabrique de la paroisse de l'Ange Gardien* (Qué.), 20606, leave to appeal refused with costs, 17.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- National Anti-Poverty Organization v. Bell Canada* (F.C.A.)(Ont.), 20605, leave to appeal refused, 3.12.87, autorisation de pourvoi refusée.
- New Forty Four Mines Ltd. v. St. Paul Fire & Marine Insurance Co.* (Alta.), 20561, leave to appeal refused with costs, 9.11.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Newfoundland Light & Power Co. v. Board of Commissioners of Public Utilities* (Nfld.), 20417, leave to appeal refused with costs, 17.9.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Paine v. Haughian* (Sask.), 20444, leave to appeal refused with costs, 1.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Payeur v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 20534, leave to appeal refused, 9.11.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Peries v. College of Physicians and Surgeons of New Brunswick* (N.B.), 20440, leave to appeal refused with costs, 19.11.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Perrault v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20419, leave to appeal refused, 19.11.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Pilorgé c. Desgens* (Qué.), 20574, leave to appeal refused with costs, 17.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Commissioner of Patents* (F.C.A.)(Ont.), 20388, leave to appeal granted, 29.7.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Polimeni v. University of Manitoba* (Man.), 20504, leave to appeal refused with costs, 3.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Poy v. Law Society of British Columbia* (B.C.), 20458, leave to appeal refused with costs, 1.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Prévost c. Fabrique de la paroisse de l'Ange Gardien* (Qué.), 20613, leave to appeal refused with costs, 17.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Profile United Industries Ltd. v. Coopers & Lybrand Ltd.* (N.B.), 20470, leave to appeal refused with costs, 22.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Protestant School Board of Greater Montreal c. Attorney General of Quebec* (Qué.), 20415, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Public Utilities Commission of Prince Edward Island v. Irving Oil Ltd.* (P.E.I.), 20429, leave to appeal refused with costs, 2.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Beare* (Crim.)(Sask.), 20384, leave to appeal granted, 29.7.87, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Bergner* (Crim.)(Alta.), 20478, leave to appeal refused, 22.10.87, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Bertrand* (Crim.)(Alta.), 20360, leave to appeal refused, 2.10.87, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Dionne* (Crim.)(N.B.), 20505, leave to appeal refused, 17.12.87, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Gagné* (Crim.)(Qué.), 20442, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Létourneau* (Crim.)(Alta.), 20482, leave to appeal refused, 2.10.87, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Mohl* (Crim.)(Sask.), 20357, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Skinner* (Crim.)(N.S.), 20428, leave to appeal granted, 2.10.87, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Zeolkowski* (Crim.)(Man.), 20395, leave to appeal granted, 29.7.87, autorisation de pourvoi accordée.
- R. in right of British Columbia v. Hensfrey Samson Bélair Ltd.* (B.C.), 20515, leave to appeal granted, 17.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- R. in right of Canada v. Dywidag Systems International, Canada Ltd.* (N.S.), 20333, leave to appeal granted, 29.7.87, autorisation de pourvoi accordée.

- Ringrose v. Canadian Medical Protective Association* (Alta.), 20609, leave to appeal refused with costs, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ringrose v. College of Physicians & Surgeons Councillors & Employees 1985* (Alta.), 20498, leave to appeal refused with costs, 2.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ringuette v. Attorney General of Canada* (Crim.)(Nfld.), 20439, leave to appeal refused, 17.9.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Riopel c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20495, leave to appeal refused, 19.11.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Ross v. Warden of Kent Institution* (B.C.), 20341, leave to appeal refused, 22.10.87, autorisation de pourvoi refusée.
- S. H. M. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20508, leave to appeal granted, 2.10.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Saskatoon (City of) v. Saskatchewan Human Rights Commission* (Sask.), 20529, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Saskatoon Professional Fire Fighters Union Local 80 of the International Association of Fire Fighters v. Saskatchewan Human Rights Commission* (Sask.), 20523, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Service d'Optique Elite Ltée c. Ordre des optométristes du Québec* (Qué.), 20493, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Sigouin c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 20528, leave to appeal refused, 19.11.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Snow Lake Local Association, No. 45-4 of the Manitoba Teachers' Society v. School District of Snow Lake No. 2309* (Man.), 20535, leave to appeal refused with costs, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Soulière v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 20356, leave to appeal refused, 29.7.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Sous-ministre du revenu de la province de Québec c. Goyer* (Qué.), 20454, leave to appeal refused with costs, 22.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stafford v. The Queen* (Ont.), 20421, leave to appeal refused, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Stagnitta v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20497, leave to appeal granted, 2.10.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Stamper v. Canadian National Railway Co.* (N.B.), 20537, leave to appeal granted, 17.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Stamper v. Wawanesa Mutual Insurance Co.* (N.B.), 20536, leave to appeal refused with costs, 9.11.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des travailleurs(euses) de l'abattoir de Princeville (CSN) c. Hemond* (Qué.), 20459, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Taylor v. Canadian Human Rights Commission* (F.C.A.)(B.C.), 20462, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Thorne Riddell Inc. c. Caisse populaire de Black Lake, fiducie du Québec* (Qué.), 20577, leave to appeal refused with costs, 17.12.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Toth v. London Life Insurance Co.* (Alta.), 20441, leave to appeal refused with costs, 1.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Trust général du Canada c. Artisans Coopvie, Société Coopérative d'assurance-vie* (Qué.), 20431, leave to appeal granted, 3.12.87, autorisation de pourvoi accordée.
- Tudor v. The Queen* (B.C.), 20061, notice of discontinuance filed, 10.7.87, avis de désistement produit.
- Vancouver Shipyards Co. v. Wainwright* (B.C.), 20461, leave to appeal refused with costs, 22.10.87, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vannini c. Lima* (Qué.), 20335, leave to appeal refused, 29.7.87, autorisation de pourvoi refusée.
- Walaschuk v. City of Winnipeg* (Man.), 20570, leave to appeal refused, 7.12.87, autorisation de pourvoi refusée.

*Wale v. Attorney General of British Columbia* (B.C.), 20300, leave to appeal granted, 29.7.87, autorisation de pourvoi accordée.

*Watier c. Dupont* (Qué.), 20538, leave to appeal granted, 17.12.87, autorisation de pourvoi accordée.

*Watkins v. Olafson* (Man.), 20598, leave to appeal granted, 17.12.87, autorisation de pourvoi accordée.

*Wipfli v. Britten* (B.C.), 19074, notice of discontinuance filed, 13.08.87, avis de désistement produit.

*Yao v. Exide Canada Inc.* (Man.), 20337, leave to appeal granted, 29.7.87, autorisation de pourvoi accordée.





## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>D</b>	
Ackworth, R. v. ....	291	Dawson, R. v. ....	461
Aiello, R. v. ....	462	Doré v. Canada .....	503
Albright, R. v. ....	383	Doz, R. v. ....	463
Attorney General see “Canada” or the name of province .....		Droit de la famille — 320 .....	244
		Durham Regional Police, Trimm v. ....	582
<b>B</b>		<b>F</b>	
Baig, R. v. ....	537	Fisch v. White .....	535
Barrow, R. v. ....	694	Flamand, Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. ....	219
Béland, R. v. ....	398	Frame v. Smith .....	790
Brault, Canada (Attorney General) v. ....	489		
Briglio, R. v. ....	465	<b>G</b>	
British Columbia, O’Hara v. ....	591	Genser, R. v. ....	685
British Columbia, Robinson v. see O’Hara .....	591	Grimwood, R. v. ....	755
Brown, R. v. see Urbanovich .....	693		
Burnham v. Metropolitan Toronto Police .....	572	<b>H</b>	
<b>C</b>		<b>K</b>	
C.(G.) v. V.-F.(T.) .....	244	Keneric Tractor Sales Ltd. v. Langille .....	440
Calgary (City of) v. Northern Construction Co. ....	757	Klimashewski v. Klimashewski Estate .....	754
Canada (Attorney General) v. Brault .....	489		
Canada (Director of Investigation and Research under the <i>Combines Investigation Act</i> ) v. New Brunswick Telephone Co. ....	485	<b>L</b>	
Canada (Director of Investigation and Research under the <i>Combines Investigation Act</i> ) v. Newfoundland Telephone Co. ....	466	Langille, Keneric Tractor Sales Ltd. v. ....	440
Canada, Doré v. ....	503	Lavolette, R. v. ....	667
Canada (Treasury Board), Robichaud v. ....	84		
Canadian Human Rights Commission see Robichaud .....	84		
Chase, R. v. ....	293		
Colgan, R. v. ....	686		
Commission see “Canada” or the name of province .....			

	PAGE		PAGE
Lensen v. Lensen.....	672		
Lyons, R. v. ....	309		
<b>M</b>			
Metropolitan Toronto Police, Burnham v. ....	572		
Metropolitan Toronto Police, Trumbley and Pugh v. ....	577		
Métabetchouan (Town of), Théberge v. ....	746		
Milne, R. v. ....	512		
Minister see "Canada" or the name of province			
Monteleone, R. v. ....	154		
<b>N</b>			
New Brunswick (Liquor Licensing Board), Rio Hotel Ltd. v. ....	59		
New Brunswick Telephone Co., Canada (Director of Investigation and Research under the <i>Combines Investigation Act</i> ) v. ....	485		
Newfoundland Telephone Co., Canada (Director of Investigation and Research under the <i>Combines Investigation Act</i> ) v. ....	466		
Northern Construction Co., Calgary (City of) v. ...	757		
<b>O</b>			
Office see "Canada" or the name of province			
O'Hara v. British Columbia .....	591		
Ontario (Attorney General), OPSEU v. ....	2		
Ontario (Minister of Transportation and Com- munications), Schenck v. ....	289		
OPSEU v. Ontario (Attorney General).....	2		
Ontario, Rokeby v. ....	289		
<b>P</b>			
Paré, R. v. ....	618		
Paterson, R. v. see Ackworth.....	291		
<b>Q</b>			
Queen see "R."			
		<b>R</b>	
		R. v. Ackworth.....	291
		R. v. Aiello.....	462
		R. v. Albright.....	383
		R. v. Baig.....	537
		R. v. Barrow.....	694
		R. v. Béland.....	398
		R. v. Briglio.....	465
		R. v. Brown see Urbanovich.....	693
		R. v. Chase.....	293
		R. v. Colgan.....	686
		R. v. Dawson.....	461
		R. v. Doz.....	463
		R. v. Genser.....	685
		R. v. Grimwood.....	755
		R. v. Laviolette.....	667
		R. v. Lyons.....	309
		R. v. Milne.....	512
		R. v. Monteleone.....	154
		R. v. Paré.....	618
		R. v. Paterson see Ackworth.....	291
		R. v. Rubio.....	688
		R. v. St-Pierre.....	690
		R. v. Trask.....	304
		R. v. Tremblay.....	435
		R. v. Uddin.....	692
		R. v. Urbanovich.....	693
		R. v. Vaillancourt.....	636
		R. v. Wigglesworth.....	541
		R. v. Yebees.....	168
		Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licens- ing Board).....	59
		Robichaud v. Canada (Treasury Board).....	84
		Robinson v. British Columbia see O'Hara.....	591
		Rokeby v. Ontario.....	289
		Rubio, R. v. ....	688
<b>S</b>			
		Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications).....	289
		Smith, Frame v. ....	790
		St-Pierre, R. v. ....	690
		Stony Mountain Institution Inmate Disciplinary Court, Howard v. ....	687
		Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand.....	219

	PAGE		PAGE
<b>T</b>		<b>V</b>	
Telford, Holt v. ....	193	V.-F.(T.), C.(G.) v. ....	244
The Queen see "R."		Vaillancourt, R. v. ....	636
Théberge v. Métabetchouan (Town of) .....	746		
Trask, R. v. ....	304	<b>W</b>	
Tremblay, R. v. ....	435		
Trimm v. Durham Regional Police .....	582		
Trumbley and Pugh v. Metropolitan Toronto Police.....	577	White, Fisch v. ....	535
		Wigglesworth, R. v. ....	541
<b>U</b>			
		<b>Y</b>	
Uddin, R. v. ....	692		
Union under abbreviated name			
Urbanovich, R. v. ....	693	Yebees, R. v. ....	168



## TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique «Répertoire» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>D</b>	
Ackworth, R. c. ....	291	Dawson, R. c. ....	461
Aiello, R. c. ....	462	Doré c. Canada .....	503
Albright, R. c. ....	383	Doz, R. c. ....	463
		Droit de la famille — 320 .....	244
<b>B</b>		<b>F</b>	
Baig, R. c. ....	537	Fisch c. White .....	535
Barrow, R. c. ....	694	Flamand, Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. ....	219
Béland, R. c. ....	398	Frame c. Smith .....	790
Brault, Canada (Procureur général) c. ....	489		
Briglio, R. c. ....	465	<b>G</b>	
Brown, R. c. voir Urbanovich .....	693	Genser, R. c. ....	685
Burnham c. Police de la communauté urbaine de Toronto .....	572	Grimwood, R. c. ....	755
<b>C</b>		<b>H</b>	
C.(G.) c. V.-F.(T.) .....	244	Holt c. Telford .....	193
Calgary (Ville de) c. Northern Construction Co. ...	757	Howard c. Tribunal disciplinaire des détenus de l'établissement de Stony Mountain .....	687
Canada (Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la <i>Loi relative aux enquêtes sur les coalitions</i> ) c. New Brunswick Telephone Co. .	485		
Canada (Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la <i>Loi relative aux enquêtes sur les coalitions</i> ) c. Newfoundland Telephone Co. ...	466	<b>K</b>	
Canada (Conseil du Trésor), Robichaud c. ....	84	Keneric Tractor Sales Ltd. c. Langille .....	440
Canada, Doré c. ....	503	Klimashewski c. Succession Klimashewski .....	754
Canada (Procureur général) c. Brault .....	489		
Chase, R. c. ....	293	<b>L</b>	
Colgan, R. c. ....	686	La Reine voir «R.»	
Colombie-Britannique, O'Hara c. ....	591	Langille, Keneric Tractor Sales Ltd. c. ....	440
Colombie-Britannique, Robinson c. voir O'Hara ...	591	Lavolette, R. c. ....	667
Commission voir «Canada» ou nom de la province			
Commission canadienne des droits de la personne voir Robichaud .....	84		

	PAGE		PAGE
Lensen c. Lensen.....	672		
Lyons, R. c. ....	309		
<b>M</b>			
Métabetchouan (Ville de), Théberge c. ....	746		
Milne, R. c. ....	512		
Ministre voir «Canada» ou nom de la province			
Monteleone, R. c. ....	154		
<b>N</b>			
New Brunswick Telephone Co., Canada (Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la <i>Loi relative aux enquêtes sur les coalitions</i> ) c. ....	485		
Newfoundland Telephone Co., Canada (Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la <i>Loi relative aux enquêtes sur les coalitions</i> ) c. ....	466		
Northern Construction Co., Calgary (Ville de) c. ....	757		
Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool), Rio Hotel Ltd. c. ....	59		
<b>O</b>			
Office voir «Canada» ou nom de la province			
O'Hara c. Colombie-Britannique.....	591		
Ontario (Ministre des transports et des communications), Schenck c. ....	289		
Ontario (Procureur général), SEFPO c. ....	2		
Ontario, Rokeby c. ....	289		
<b>P</b>			
Paré, R. c. ....	618		
Paterson, R. c. voir Ackworth.....	291		
Police de la communauté urbaine de Toronto, Burnham c. ....	572		
Police de la communauté urbaine de Toronto, Trumbley et Pugh c. ....	577		
Police régionale de Durham, Trimm c. ....	582		
Procureur général voir «Canada» ou nom de la province			
<b>R</b>			
Reine voir «R.»			
R. c. Ackworth.....	291		
R. c. Aiello.....	462		
R. c. Albright.....	383		
R. c. Baig.....	537		
R. c. Barrow.....	694		
R. c. Béland.....	398		
R. c. Briglio.....	465		
R. c. Brown voir Urbanovich.....	693		
R. c. Chase.....	293		
R. c. Colgan.....	686		
R. c. Dawson.....	461		
R. c. Doz.....	463		
R. c. Genser.....	685		
R. c. Grimwood.....	755		
R. c. Laviolette.....	667		
R. c. Lyons.....	309		
R. c. Milne.....	512		
R. c. Monteleone.....	154		
R. c. Paré.....	618		
R. c. Paterson voir Ackworth.....	291		
R. c. Rubio.....	688		
R. c. St-Pierre.....	690		
R. c. Trask.....	304		
R. c. Tremblay.....	435		
R. c. Uddin.....	692		
R. c. Urbanovich.....	693		
R. c. Vaillancourt.....	636		
R. c. Wigglesworth.....	541		
R. c. Yebe.....	168		
Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool).....	59		
Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor).....	84		
Robinson c. Colombie-Britannique voir O'Hara.....	591		
Rokeby c. Ontario.....	289		
Rubio, R. c. ....	688		
<b>S</b>			
Schenck c. Ontario (Ministre des transports et des communications).....	289		
SEFPO c. Ontario (Procureur général).....	2		
Smith, Frame c. ....	790		
St-Pierre, R. c. ....	690		
Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand.....	219		
Syndicat sous nom abrégé			

	PAGE		PAGE
<b>T</b>		<b>V</b>	
Telford, Holt c. ....	193	V.-F.(T.), C.(G.) c. ....	244
Théberge c. Métabetchouan (Ville de) .....	746	Vaillancourt, R. c. ....	636
Trask, R. c. ....	304		
Tremblay, R. c. ....	435		
Tribunal disciplinaire des détenus de l'établissement de Stony Mountain, Howard c. ....	687	<b>W</b>	
Trimm c. Police régionale de Durham .....	582		
Trumbley et Pugh c. Police de la communauté urbaine de Toronto .....	577	White, Fisch c. ....	535
		Wigglesworth, R. c. ....	541
<b>U</b>		<b>Y</b>	
Uddin, R. c. ....	692		
Urbanovich, R. c. ....	693	Yebe, R. c. ....	168





## TABLE OF CASES CITED

## TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
<b>A</b>		
Aboussafy v. Abacus Cities Ltd. ....	[1981] 4 W.W.R. 660.....	206
Alkok v. Grymek.....	[1968] S.C.R. 452.....	454
Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board.....	[1953] 2 S.C.R. 140 .....	227
Antoine v. R. ....	(1984), 40 C.R. (3d) 375 .....	372
Arsenaux canadiens Ltée c. Conseil canadien des relations du tra- vail.....	[1979] 2 C.F. 393 .....	233
Atlantic Acceptance Corp. v. Burns & Dutton Construction (1962) Ltd. ....	[1971] 1 W.W.R. 84.....	203
Attorney-General v. Goddard.....	(1929), 98 L.J. (K.B.) 743 .....	137
Attorney-General v. Premier Line, Ltd. ....	[1932] 1 Ch. 303.....	147
Attorney-General v. Sharp.....	[1931] 1 Ch. 121.....	147
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario .....	[1898] A.C. 247 .....	48
Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada (Manitoba Securities Case).....	[1929] A.C. 260 .....	17
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Domi- nion.....	[1896] A.C. 348 .....	63
Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.....	[1903] A.C. 524 .....	77
Attorney General of Alberta v. Putnam .....	[1981] 2 S.C.R. 267 .....	605
Attorney General of Canada and Dupond v. City of Montreal.....	[1978] 2 S.C.R. 770.....	76
Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd. ....	[1983] 2 S.C.R. 206 .....	600
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada .....	[1980] 2 S.C.R. 735 .....	122
Attorney-General of Manitoba v. Manitoba Licence Holders' Asso- ciation.....	[1902] A.C. 73 .....	63
Attorney-General of Ontario v. Mercer.....	(1883), 8 App. Cas. 767 .....	38
Attorney General of Quebec v. Blaikie.....	[1979] 2 S.C.R. 1016 .....	39
Attorney General of Quebec v. Farrah .....	[1978] 2 S.C.R. 638 .....	227
Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada.....	[1978] 2 S.C.R. 211.....	18
Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada.....	[1979] 1 S.C.R. 218.....	49, 601, 614

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
<b>B</b>		
Barry and Alberta Securities Commission, Re .....	(1986), 25 D.L.R. (4th) 730 .....	555
Basarabas and Spek v. The Queen .....	[1982] 2 S.C.R. 730 .....	703, 728
Batary v. Attorney General for Saskatchewan.....	[1965] S.C.R. 465 .....	607, 613
Bauer c. Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique..	[1973] C.F. 626.....	508
Bauer v. Public Service Appeal Board .....	[1973] F.C. 626.....	508
B.C. Motor Vehicle Act, Re .....	[1985] 2 S.C.R. 486 .....	327, 652
Beaudoin-Daigneault v. Richard .....	[1984] 1 S.C.R. 2 .....	683
Bédard v. Dawson .....	[1923] S.C.R. 681.....	75
Belhumeur v. Discipline Committee of Quebec Bar Association .....	(1983), 34 C.R. (3d) 279 .....	553
Belisle and Public Service Commission Appeal Board, Re.....	(1983), 149 D.L.R. (3d) 352 .....	508
Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.....	[1985] 2 R.C.S. 561.....	91
Bhinder v. Canadian National Railway Co.....	[1985] 2 S.C.R. 561.....	91
Bisaillon v. Keable .....	[1983] 2 S.C.R. 60.....	394, 601, 616
Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz .....	(1986), 49 Sask. R. 244.....	682
Bridges and Bridges, Re .....	Unreported/Inédit .....	565
Brown c. Commission de la Fonction publique .....	[1975] C.F. 345 .....	500, 508
Brown v. Public Service Commission .....	[1975] F.C. 345 .....	500, 508
Brownscombe v. Public Trustee of Province of Alberta .....	[1969] S.C.R. 658.....	678
Brusch v. The Queen .....	[1953] 1 S.C.R. 373 .....	350, 374
Buchanan v. Byrnes .....	(1906), 3 C.L.R. 704 .....	451
Burnham v. Metropolitan Toronto Police.....	[1987] 2 S.C.R. 572 .....	589
Burnham c. Police de la communauté urbaine de Toronto.....	[1987] 2 R.C.S. 572 .....	589
Business Computers Ltd. v. Anglo-African Leasing Ltd. ....	[1977] 1 W.L.R. 578 .....	210
<b>C</b>		
C.F.R.B. and Attorney-General for Canada, Re.....	[1973] 3 O.R. 819.....	23
C.I.B.C. v. Tuckerr Indust. Inc.....	[1983] 5 W.W.R. 602.....	204
Cal Investments Ltd. v. City of Winnipeg.....	(1978), 84 D.L.R. (3d) 699.....	74
Canada (Attorney General) v. Brault.....	[1987] 2 S.C.R. 489 .....	509
Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd. ....	[1983] 1 S.C.R. 452 .....	109, 123
Canada (Directeur des enquêtes et recherches en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions) c. Newfoundland Tele- phone Co. ....	[1987] 2 R.C.S. 466 .....	487
Canada (Director of Investigation and Research under the Com- bines Investigation Act) v. Newfoundland Telephone Co.....	[1987] 2 S.C.R. 466 .....	487
Canada (Procureur général) c. Brault .....	[1987] 2 R.C.S. 489 .....	509
Canada v. Schmidt.....	[1987] 1 S.C.R. 500 .....	353, 376
Canadian Acceptance Corp. v. Regent Park Butcher Shop Ltd. ....	(1969), 3 D.L.R. (3d) 304.....	445
Canadian Admiral Corp. v. L. F. Dommerich & Co.....	[1964] S.C.R. 238 .....	211
Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley .....	[1974] S.C.R. 592.....	142
Canadian Arsenals Ltd. v. Canada Labour Relations Board .....	[1979] 2 F.C. 393 .....	233
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission) .....	[1987] 1 S.C.R. 1114 .....	90

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada .....	[1986] 1 S.C.R. 678 .....	558
Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada .....	[1986] 1 R.C.S. 678 .....	558
Cardinal v. Attorney General of Alberta .....	[1974] S.C.R. 695 .....	18
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent .....	[1985] 2 R.C.S. 643 .....	238
Cardinal v. Director of Kent Institution .....	[1985] 2 S.C.R. 643 .....	238
Cardinal c. Procureur général de l'Alberta .....	[1974] R.C.S. 695 .....	18
Caron v. Michaud .....	[1981] T.T. 186 .....	242
Cehave N.V. v. Bremer Handelsgesellschaft m.b.H., the "Hansa Nord" .....	[1976] Q.B. 44 .....	454
Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd. ....	[1983] 1 R.C.S. 452 .....	109, 123
Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons .....	(1881), 7 App. Cas. 96 .....	64
City of Saint John v. Irving Oil Co. ....	[1966] S.C.R. 581 .....	432
Coba Industries Ltd. v. Millie's Holdings (Canada) Ltd. and Tsang .....	[1985] 6 W.W.R. 14 .....	205
Colledge v. Niagara Regional Police Commission .....	(1983), 40 O.R. (2d) 340 .....	589
Comité d'appel du Bureau provincial de médecine v. Chèvrefils .....	[1974] C.A. 123 .....	233
Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co. ....	[1966] S.C.R. 767 .....	17
Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. ....	[1985] 2 R.C.S. 536 .....	89
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) .....	[1987] 1 R.C.S. 90 .....	90
Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum .....	[1979] 1 R.C.S. 754 .....	18
Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission .....	[1979] 1 S.C.R. 754 .....	18
Control Data Canada Ltée v. Lalancette .....	[1983] C.A. 129 .....	233
Corbett v. The Queen .....	[1975] 2 S.C.R. 275 .....	178
Currie v. Currie .....	(1975), 18 R.F.L. 47 .....	141

## D

Davie v. Magistrates of Edinburgh .....	[1953] S.C. 34 .....	415
Dawson and Mason Ltd. v. Potter .....	[1986] 2 All E.R. 418 .....	149
Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal .....	[1978] 1 R.C.S. 152 .....	601
Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail .....	[1978] 1 S.C.R. 152 .....	601
Director of Public Prosecutions v. Shannon .....	[1975] A.C. 717 .....	743
Doerner v. Bliss & Laughlin Industries Inc. ....	[1980] 2 S.C.R. 865 .....	683
Dominion Bank v. Jacobs .....	[1951] O.W.N. 421 .....	122
Donald v. Donald .....	(1973), 6 N.B.R. (2d) 665 .....	141
Doyle v. The Queen .....	[1977] 1 S.C.R. 597 .....	240
Droit de la famille — 32 .....	[1983] C.S. 79 .....	262
Droit de la famille — 52 .....	[1983] C.A. 388 .....	261
Droit de la famille — 77 .....	[1983] C.S. 692 .....	265
Droit de la famille — 86 .....	[1983] C.S. 1017 .....	277
Droit de la famille — 110 .....	[1984] C.S. 99 .....	278
Droit de la famille — 130 .....	[1984] C.A. 184 .....	262
Droit de la famille — 195 .....	[1985] C.S. 349 .....	265
Droit de la famille — 228 .....	[1985] C.S. 808 .....	279
Droit de la famille — 236 .....	[1985] C.A. 566 .....	261
Droste v. The Queen .....	[1984] 1 S.C.R. 208 .....	625

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Dubois v. The Queen .....	[1985] 2 S.C.R. 350 .....	654
Dumont Express (1962) Ltée v. Perron .....	[1974] C.A. 67 .....	229
Duncan v. Louisiana .....	391 U.S. 145 (1968) .....	358
<b>E</b>		
Eastern Counties and London and Blackwall Railway Cos. v. Marriage.....	(1860), 9 H.L. Cas. 31 .....	557
Edmonton Airport Hotel Co. v. Credit Foncier Franco-Canadien.....	[1965] S.C.R. 441 .....	200
English v. Dedham Vale Properties Ltd. ....	[1978] 1 All E.R. 382.....	134
États-Unis d'Amérique c. Shephard .....	[1977] 2 R.C.S. 1067 .....	160
Ex Parte Matticks.....	(1973), 15 C.C.C. (2d) 213 n .....	334
<b>F</b>		
Faber v. The Queen .....	[1976] 2 S.C.R. 9 .....	601, 613
Fang and College of Physicians & Surgeons of Alberta, Re .....	(1985), 25 D.L.R. (4th) 632 .....	553
Fast v. Fast .....	(1983), 33 R.F.L. (2d) 337 .....	141
Federal Commerce and Navigation Ltd. v. Molena Alpha Inc. ....	[1978] 3 All E.R. 1066 .....	212
Fielding v. Thomas .....	[1896] A.C. 600 .....	41
Financings, Ltd. v. Baldock .....	[1963] 1 All E.R. 443 .....	449
Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique .....	[1980] 1 R.C.S. 1031 .....	18
Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America .....	[1980] 1 S.C.R. 1031 .....	18
Franklin v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 293 .....	226
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique.....	[1985] 2 R.C.S. 455 .....	14, 33
Fraser v. Public Service Staff Relations Board.....	[1985] 2 S.C.R. 455 .....	14, 33
Freeman v. Lomas.....	(1851), 9 Hare 109 .....	201
Frisco v. The Queen.....	[1971] C.A. 176, 14 C.R.N.S. 194 .....	734
Frye v. United States.....	293 F. 1013 (1923) .....	433
<b>G</b>		
Gohier-Desfossés v. Gohier .....	J.E. 79-23.....	276
Gottlieb v. Gleiser .....	[1957] 3 All E.R. 715 .....	109
Great West Saddlery Co. v. The King .....	[1921] 2 A.C. 91 .....	17
Guay v. Sun Publishing Co. ....	[1953] 2 S.C.R. 216 .....	128
Guérin v. R. ....	[1984] C.A. 305, 13 C.C.C. (3d) 231 .....	709
Guerin v. The Queen .....	[1984] 2 S.C.R. 335 .....	134
Guimond v. The Queen .....	[1979] 1 S.C.R. 960 .....	743
<b>H</b>		
H. L. Misener and Son Ltd. v. Misener .....	(1977), 77 D.L.R. (3d) 428 .....	138
Hadley v. Baxendale.....	(1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145.....	445
Hanak v. Green .....	[1958] 2 All E.R. 141 .....	213

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Harelkin v. University of Regina.....	[1979] 2 S.C.R. 561 .....	237
Hatchwell v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 39.....	322
Hébert v. Landry.....	[1975] C.A. 108 .....	283
Highway Properties Ltd. v. Kelly, Douglas and Co.....	[1971] S.C.R. 562, 17 D.L.R. (3d) 710.....	443
Hodge v. The Queen.....	(1883), 9 App. Cas. 117.....	64, 67
Hodge's Case.....	(1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.....	161
Hongkong Fir Shipping Co. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. ....	[1962] 2 Q.B. 26 .....	454
Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp. ....	(1984), 55 A.L.R. 417 .....	138
Howard and Presiding Officer of Inmate Disciplinary Court of Stony Mountain Institution .....	(1983), 8 C.C.C. (3d) 557.....	552
Hughes v. N.L.S. Pty. Ltd. ....	[1966] W.A.R. 100.....	452
Hull's Case .....	(1664), Kelyng, J. 40.....	648
Humphrey Motors Ltd. v. Ells.....	[1935] S.C.R. 249 .....	446
Hunter and Board of Public Utilities of New Brunswick, Re.....	(1984), 8 D.L.R. (4th) 454 .....	472

## I

Imrich v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 622 .....	189
Initiative and Referendum Act, In re.....	[1919] A.C. 935 .....	46
Inkster v. Radey .....	[1979] 2 F.C. 457 .....	563
Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink .....	[1982] 2 S.C.R. 145.....	89
International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd. ....	(1986), 53 O.R. (2d) 737 .....	134
Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie .....	[1978] 1 C.F. 601 .....	480
Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board.....	[1978] 1 F.C. 601 .....	480

## J

Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor .....	[1981] 2 S.C.R. 2.....	683
James and Law Society of British Columbia, Re .....	(1982), 143 D.L.R. (3d) 379 .....	552
Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd. ....	[1975] 1 S.C.R. 2.....	137
Johannesson v. Municipality of West St. Paul.....	[1952] 1 S.C.R. 292.....	49
John Deere Plow Co. v. Wharton .....	[1915] A.C. 330 .....	17
Johnson v. Agnew, [1980] A.C. 367 .....	[1979] 1 All E.R. 883 .....	455
Jones v. Attorney General of New Brunswick .....	[1975] 2 S.C.R. 182 .....	45
Jones v. Jones .....	(1970), 1 R.F.L. 295.....	141
Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick .....	[1975] 2 R.C.S. 182.....	45
Jones v. South-Eastern and Chatham Railway.....	(1917), 87 L.J.K.B. 775 .....	409

## K

Kelly & Sons v. Mathers.....	(1915), 23 D.L.R. 225 .....	605
Kelso v. The Queen.....	[1980] 1 F.C. 659 .....	496, 508
Kienapple v. The Queen .....	[1975] 1 S.C.R. 729 .....	564
Knockaert v. Commissioner of Corrections.....	(1986), 18 Admin. L.R. 273 .....	552
Koumoudouros and Municipality of Metropolitan Toronto, Re .....	(1985), 23 C.C.C. (3d) 286.....	73
Kungl v. Schiefer .....	[1962] S.C.R. 443 .....	109, 123

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>L</b>		
L'Abbé v. Ville de Montréal .....	[1969] B.R. 1098 .....	72
Lamoureux v. R. ....	(1984), 40 C.R. (3d) 369 .....	372
Law Society of Manitoba and Savino, Re .....	(1983), 1 D.L.R. (4th) 285 .....	553
Law Society of Upper Canada v. Skapinker .....	[1984] 1 S.C.R. 357 .....	557
Lazarenko and Law Society of Alberta, Re .....	(1983), 4 D.L.R. (4th) 389 .....	553
Leary v. The Queen .....	[1978] 1 S.C.R. 29 .....	302
Legault v. Figueroa .....	[1978] C.A. 82 .....	275
Lemay v. The King .....	[1952] 1 S.C.R. 232 .....	179
Lenoir v. Ritchie .....	(1879), 3 S.C.R. 575 .....	48
Lewis v. Todd .....	[1980] 2 S.C.R. 694 .....	683
Lowery v. The Queen .....	[1974] A.C. 85 .....	422
Lumley v. Gye .....	(1853), 2 El. & Bl. 216, 118 E.R. 749 .....	129
<b>M</b>		
M v. M (child: access) .....	[1973] 2 All E.R. 81 .....	132
MacDonald and Marriott, Re .....	(1984), 7 D.L.R. (4th) 697 .....	565
Macdonald v. The Queen .....	[1977] 2 S.C.R. 665 .....	233
Mahoney v. The Queen .....	[1982] 1 S.C.R. 834 .....	181
Malartic Hygrade Gold Mines (Canada) Ltd. and Ontario Securities Commission, Re .....	(1986), 54 O.R. (2d) 544 .....	560
Marcotte c. Sous-procureur général du Canada .....	[1976] 1 R.C.S. 108 .....	630
Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada .....	[1976] 1 S.C.R. 108 .....	630
Maritime Telegraph & Telephone Co. and Board of Commissioners of Public Utilities, Re .....	(1981), 125 D.L.R. (3d) 252 .....	472
Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick .....	[1892] App. Cas. 437 .....	38
Marshall v. The Queen .....	[1961] S.C.R. 12 .....	393
McCutcheon and City of Toronto, Re .....	(1983), 147 D.L.R. (3d) 193 .....	559
McKay v. The Queen .....	[1965] S.C.R. 798 .....	16, 49, 58
Ménard v. Ménard .....	J.E. 81-882 .....	273
Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson .....	106 S.Ct. 2399 (1986) .....	95
Métivier v. Cadorette .....	[1977] 1 S.C.R. 371 .....	683
Meunier v. The Queen .....	(1965), 48 C.R. 14, [1966] Que. Q.B. 94n ..	718
Mezzo v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 802 .....	160
Mitchell v. Attorney General of Ontario .....	(1983), 35 C.R. (3d) 225 .....	346, 521
Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow, and Co. ....	(1889), 23 Q.B.D. 598 .....	124
Moore and the Queen, Re .....	(1984), 10 C.C.C. (3d) 306 .....	329
Moore Dry Kiln Co. of Canada Ltd. v. Green Cedar Lumber Co. ....	(1982), 37 O.R. (2d) 300 .....	122
Morin v. The Queen .....	(1890), 18 S.C.R. 407 .....	231
Moschi v. Lep Air Services Ltd. ....	[1973] A.C. 331, [1972] 2 All E.R. 393 .....	455
Mulcahy v. The Queen .....	(1868), L.R. 3 H.L. 306 .....	125
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon .....	[1982] 2 S.C.R. 161 .....	18, 364

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>N</b>		
Nash and The Queen, Re .....	(1982), 70 C.C.C. (2d) 490.....	553
Nayar v. Nayar .....	(1981), 24 R.F.L. (2d) 400.....	141
Nelles and Grange, Re .....	(1984), 9 D.L.R. (4th) 79.....	600
Nelson and Byron Price & Associates Ltd., Re .....	(1981), 122 D.L.R. (3d) 340.....	97
Nepton v. Procureur général du Québec.....	Unreported/Inédit February 24, 1981.....	228
Newfoundland (Government of) v. Newfoundland Railway Co. ....	(1888), 13 App. Cas. 199.....	207
Nocton v. Lord Ashburton .....	[1914] A.C. 932.....	149
Nordee Investments Ltd. and City of Burlington, Re .....	(1984), 48 O.R. (2d) 123.....	77
Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton .....	[1979] 1 S.C.R. 684.....	233
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil.....	[1978] 2 S.C.R. 662.....	74
<b>O</b>		
O'Byrne v. Koresec .....	(1986), 2 R.F.L. (3d) 104.....	115
Oil Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd. ....	[1963] S.C.R. 584.....	23
Oliver v. The Queen.....	[1981] 2 S.C.R. 240.....	690
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons- Sears Ltd.....	[1985] 2 S.C.R. 536.....	89
Operation Dismantle Inc. c. La Reine .....	[1985] 1 R.C.S. 441.....	122
Operation Dismantle Inc. v. The Queen .....	[1985] 1 S.C.R. 441.....	122
Oyler v. Boles .....	368 U.S. 448 (1982).....	371
<b>P</b>		
Palko v. Connecticut .....	302 U.S. 319 (1937).....	358
Paul v. The Queen .....	[1982] 1 S.C.R. 621.....	630
Pearson v. Lecorre .....	[1973] S.C.R. vi.....	34
Pelissero and Loree, Re .....	(1982), 140 D.L.R. (3d) 676.....	565
Peltari and Director of the Lower Mainland Regional Correctional Centre, Re.....	(1984), 15 C.C.C. (3d) 223.....	552
People v. Aaron .....	299 N.W.2d 304 (1980).....	650
People v. Henderson .....	107 Cal.App.3d 475 (1980).....	366
People v. Murtishaw .....	175 Cal.Rptr. 738 (1981).....	367
Petersen v. The Queen .....	[1982] 2 S.C.R. 493.....	231
Phillion v. The Queen .....	[1978] 1 S.C.R. 18.....	402, 423, 426
Pigott Construction Co. v. W. J. Crowe Ltd. ....	(1961), 27 D.L.R. (2d) 258.....	454
Pinto Leite and Nephews, In re .....	[1929] 1 Ch. 221.....	209
Procureur général de l'Alberta c. Putnam .....	[1981] 2 R.C.S. 267.....	605
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat du Canada.....	[1980] 2 R.C.S. 735.....	122
Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée .....	[1983] 2 R.C.S. 206.....	600
Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal .....	[1978] 2 R.C.S. 770.....	76
Procureur général du Québec c. Blaikie .....	[1979] 2 R.C.S. 1016.....	39
Procureur général du Québec c. Blaikie .....	[1978] C.A. 351.....	40
Procureur général du Québec c. Farrah.....	[1978] 2 R.C.S. 638.....	227

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada .....	[1978] 2 R.C.S. 211 .....	18
Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada .....	[1979] 1 R.C.S. 218 .....	349, 601, 614
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada .....	[1931] A.C. 310 .....	77
Proulx c. Commission des relations de travail dans la Fonction pu- blique .....	[1978] 2 C.F. 133 .....	233
Proulx v. Public Service Staff Relations Board .....	[1978] 2 F.C. 133 .....	233
Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan .....	[1941] S.C.R. 396 .....	67
Public Inquiries Act, Re .....	(1919), 48 D.L.R. 237 .....	601
<b>Q</b>		
Québec Téléphone v. Bell Telephone Co. of Canada .....	[1972] S.C.R. 182 .....	227
<b>R</b>		
R. and Archer v. White .....	[1956] S.C.R. 154 .....	562
R. du chef de l'Ontario et the Water Resources Commission c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd. ....	[1981] 1 R.C.S. 111 .....	758
R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool .....	[1983] 1 R.C.S. 205 .....	113
R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool .....	[1983] 1 S.C.R. 205 .....	113
R. in right of Ontario and the Water Resources Commission v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd. ....	[1981] 1 S.C.R. 111 .....	758
R. v. Abbey .....	[1982] 2 S.C.R. 24 .....	415
R. v. Alderton .....	(1985), 49 O.R. (2d) 257 .....	298
R. v. Ancio .....	[1984] 1 S.C.R. 225 .....	649, 663
R. v. Anderson .....	(1984), 10 C.C.C. (3d) 417 .....	540
R. v. B & W Agricultural Services Ltd. ....	(1982), 3 C.R.R. 354 .....	553
R. v. Barbour .....	[1938] S.C.R. 465 .....	412
R. v. Baron and Wertman .....	(1976), 31 C.C.C. (2d) 525 .....	741
R. v. Battista .....	(1912), 21 C.C.C. 1 .....	717
R. v. Belliveau .....	(1984), 55 N.B.R. (2d) 82 .....	565
R. v. Bernard .....	(1985), 18 C.C.C. (3d) 574 .....	303
R. v. Bezanson .....	(1983), 8 C.C.C. (3d) 493 .....	655
R. v. Big M Drug Mart Ltd. ....	[1985] 1 S.C.R. 295 .....	377, 551, 659
R. v. Blackstock .....	(1950), 97 C.C.C. 201 .....	390
R. v. Blair and Karashowsky .....	(1975), 25 C.C.C. (2d) 47 .....	231
R. v. Burkart .....	[1965] 3 C.C.C. 210 .....	405, 427
R. v. Burton .....	(1854), Dears. 282, 169 E.R. 728 .....	165
R. v. Campbell .....	(1977), 38 C.C.C. (2d) 6 .....	409
R. v. Carter .....	[1982] 1 S.C.R. 938 .....	740
R. v. Chabot .....	[1980] 2 S.C.R. 985 .....	242
R. v. Clarke .....	(1981), 63 C.C.C. (2d) 224 .....	406, 428
R. v. Close .....	(1982), 68 C.C.C. (2d) 105 .....	413
R. v. Comba .....	[1938] S.C.R. 396 .....	158
R. v. Cook .....	(1960), 127 C.C.C. 287 .....	422
R. v. Cook .....	(1985), 20 C.C.C. (3d) 18 .....	300



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie.....	[1978] 2 R.C.S. 1299 .....	651
R. v. Corporation of the City of Sault Ste. Marie .....	[1978] 2 S.C.R. 1299 .....	651
R. v. Crosby .....	(1982), 1 C.C.C. (3d) 233 .....	331
R. v. DeBaie .....	(1983), 60 N.S.R. (2d) 78.....	565
R. v. Duncan.....	(1984), 12 W.C.B. 100 .....	389
R. v. Elliot.....	[1973] 3 O.R. 475.....	721
R. v. Farrant.....	[1983] 1 S.C.R. 124 .....	625, 649
R. v. Fenton.....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 109 .....	719, 734
R. v. Ferianz.....	(1962), 37 C.R. 37.....	187
R. v. Gardiner.....	[1982] 2 S.C.R. 368 .....	391
R. v. Girvin.....	(1911), 3 Alta. L.R. 387, 45 S.C.R. 167 .....	164
R. v. Goulis.....	(1981), 60 C.C.C. (2d) 347.....	630
R. v. Gourgon and Knowles (No. 1) .....	(1979), 9 C.R. (3d) 313 .....	627
R. v. Greenhill.....	(1836), 4 Ad. & E. 624, 111 E.R. 922.....	130
R. v. Hardy.....	(1794), 24 St. Tr. 199 .....	412
R. v. Hatherley.....	(1971), 4 C.C.C. (2d) 242.....	231
R. v. Hertrich .....	(1982), 67 C.C.C. (2d) 510 .....	705, 729
R. v. Hill .....	(1974), 15 C.C.C. (2d) 145.....	330
R. v. Hodgson.....	(1967), 52 Cr. App. R. 113 .....	332
R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 & 2).....	(1981), 33 O.R. (2d) 694 .....	600
R. v. Hubbert .....	(1975), 29 C.C.C. (2d) 279.....	736
R. v. Hubbert .....	[1977] 2 S.C.R. 267 .....	708
R. v. Hunter.....	[1921] 1 K.B. 555 .....	351
R. v. Jackson.....	(1981), 61 C.C.C. (2d) 540.....	376
R. v. Kavanagh.....	(1972), 8 C.C.C. (2d) 296.....	159
R. v. Kempton .....	(1980), 53 C.C.C. (2d) 176.....	330
R. v. Khan.....	(1982), 66 C.C.C. (2d) 32.....	745
R. v. Kjeldsen .....	(1980), 53 C.C.C. (2d) 55.....	628
R. v. Knight .....	(1975), 27 C.C.C. (2d) 343.....	365
R. v. Konechny.....	(1983), 10 C.C.C. (3d) 233.....	528
R. v. Konechny.....	(1983), 38 C.R. (3d) 69 .....	346
R. v. Krannenburg .....	[1980] 1 S.C.R. 1053 .....	241
R. v. Kyselka .....	(1962), 133 C.C.C. 103.....	403, 427
R. v. Langevin .....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 336.....	334, 374, 524
R. v. Lee Kun .....	[1916] 1 K.B. 337 .....	727
R. v. Lupien.....	[1970] S.C.R. 263.....	432
R. v. Lynn.....	(1910), 19 C.C.C. 129 .....	229
R. v. Lyons.....	[1987] 2 S.C.R. 309.....	516, 530, 533
R. v. MacFarlane .....	(1981), 61 C.C.C. (2d) 458.....	187
R. v. Makow .....	(1974), 20 C.C.C. (2d) 513.....	736
R. v. Manninen.....	[1987] 1 S.C.R. 1233 .....	439
R. v. Martin.....	(1980), 53 C.C.C. (2d) 425 .....	407, 422
R. v. McFadden.....	(1981), 65 C.C.C. (2d) 9.....	413
R. v. McNamara (No. 1) .....	(1981), 56 C.C.C. (2d) 193.....	413
R. v. Miller .....	(1952), 36 Cr. App. R. 169 .....	421
R. v. Mingo.....	(1982), 2 C.C.C. (3d) 23.....	552
R. v. Monteleone.....	(1982), 67 C.C.C. (2d) 489.....	189
R. v. Munro and Munro.....	(1983), 8 C.C.C. (3d) 260.....	662

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
R. v. Nelson .....	[1982] Qd. R. 636.....	430
R. v. Oakes .....	[1986] 1 S.C.R. 103.....	326, 377, 654
R. v. Ouellette .....	[1980] 1 R.C.S. 568 .....	306
R. v. Paquette .....	[1969] R.L. 198 .....	229
R. v. Paul .....	[1977] 1 S.C.R. 181 .....	165
R. v. Plummer .....	(1702), Kelyng, J. 109, 84 E.R. 1103 .....	648
R. v. Ponton .....	(1898), 2 C.C.C. 192 .....	229
R. v. Porter .....	(1983), 5 C.C.C. (3d) 277.....	388
R. v. Prince .....	[1986] 2 S.C.R. 480 .....	564, 569
R. v. Rahey .....	[1987] 1 S.C.R. 588 .....	326
R. v. Reid .....	[1970] 5 C.C.C. 368 .....	388
R. v. Richardson.....	(1980), 57 C.C.C. (2d) 403.....	94
R. v. Riddle.....	[1980] 1 S.C.R. 380 .....	231
R. v. Sargent.....	(1983), 5 C.C.C. (3d) 429.....	628
R. v. Sawatsky.....	[1965] 3 C.C.C. 210 .....	405, 427
R. v. Simon (No. 2) .....	(1982), 69 C.C.C. (2d) 478.....	374
R. v. Skagstead and Skagstead .....	(1963), 43 D.L.R. (2d) 315.....	72
R. v. Smith (Edward Dewey).....	[1987] 1 S.C.R. 1045.....	335, 528
R. v. Stevens .....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 518 .....	189, 627
R. v. Stewart.....	[1932] S.C.R. 612.....	717
R. v. Syms.....	(1979), 47 C.C.C. (2d) 114.....	166
R. v. Taylor.....	(1985), 44 C.R. (3d) 263 .....	299
R. v. Taylor.....	[1964] 1 C.C.C. 207 .....	388
R. v. Therens .....	[1985] 1 S.C.R. 613 .....	306, 374
R. v. Trinneer .....	[1970] S.C.R. 638 .....	658, 662
R. v. Turner.....	[1975] 1 All E.R. 70.....	407, 429
R. v. Ulmer .....	[1923] 1 W.W.R. 1 .....	40
R. v. Vaillancourt.....	(1974), 16 C.C.C. (2d) 137.....	627
R. v. Vaillancourt.....	[1987] 2 R.C.S. 636 .....	668, 670
R. v. Vandale.....	(1984), 13 W.C.B. 173.....	371
R. v. Varga .....	(1985), 18 C.C.C. (3d) 281.....	717
R. v. Vasil .....	[1981] 1 S.C.R. 469 .....	657
R. v. Verrette.....	[1978] 2 S.C.R. 838.....	83
R. v. Wickham .....	(1971), 55 Cr. App. R. 199 .....	422
R. v. Wigglesworth .....	[1987] 2 S.C.R. 541 .....	575, 580, 589
R. v. Wigman .....	[1987] 1 S.C.R. 246 .....	524, 531
R. v. Wilkinson.....	(1978), 5 C.C.C. (3d) 278.....	391
R. v. Wong (No. 2).....	(1976), 33 C.C.C. (2d) 511.....	426
R. v. Woodburne and Coke .....	(1722), 16 St. Tr. 53.....	648
R. H. Deacon & Co. v. Varga .....	(1972), 30 D.L.R. (3d) 653 .....	136
Racine v. Woods .....	[1983] 2 S.C.R. 173 .....	142
Radovskis v. Tomm.....	(1957), 21 W.W.R. 658 .....	128
Ratcliffe v. Evans.....	[1892] 2 Q.B. 524 .....	129
Reading v. Attorney-General.....	[1951] A.C. 507 .....	137
Red Deer College v. Michaels .....	[1976] 2 S.C.R. 324 .....	458
Reference re Alberta Statutes .....	[1938] S.C.R. 100.....	55
Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan.....	[1948] S.C.R. 248.....	49
Reference re the Adoption Act.....	[1938] S.C.R. 398.....	604

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act (Margarine Reference).....	[1949] S.C.R. 1.....	77, 651
Renner v. Racz.....	[1972] 1 W.W.R. 109.....	200
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	327, 652
Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution.....	[1981] 1 R.C.S. 753.....	38
Resolution to amend the Constitution, Re:.....	[1981] 1 S.C.R. 753.....	38
Ridge v. Baldwin.....	[1964] A.C. 40.....	237
Rio Hotel Ltd. v. Liquor Licensing Board.....	(1983), 47 N.B.R. (2d) 436.....	70
Rookes v. Barnard.....	[1964] A.C. 1129.....	129
Rosenbaum v. Law Society of Manitoba.....	[1983] 5 W.W.R. 752.....	552
Rowe v. The King.....	[1951] S.C.R. 713.....	665
Roy v. La Reine.....	[1974] C.A. 200.....	227
Royal Trust v. Holden.....	(1915), 22 D.L.R. 660.....	205
Rummel v. Estelle.....	445 U.S. 263 (1980).....	333
Russell v. Radley.....	[1984] 1 F.C. 543.....	552
Russell v. The Queen.....	(1882), 7 App. Cas. 829.....	64
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	25

## S

S.A. v. J.-C.L.....	[1986] R.L. 587.....	265
Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.....	[1980] 2 S.C.R. 78.....	683
Schrenk v. Schrenk.....	(1981), 32 O.R. (2d) 122.....	108, 119
Schuldt v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 592.....	688
Scowby v. Glendinning.....	[1986] 2 S.C.R. 226.....	77
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 R.C.S. 573.....	25
Seager v. Copydex Ltd. (No. 2).....	[1969] 1 W.L.R. 809.....	152
Seager v. Copydex Ltd.....	[1967] 1 W.L.R. 923.....	149
Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria.....	[1981] 2 S.C.R. 181.....	112, 145
Sharlmark Hotels Ltd. and Municipality of Metropolitan Toronto, Re.....	(1981), 32 O.R. (2d) 129.....	73
Sheffield Waterworks Co. v. Bennett.....	(1872), L.R. 7 Ex. 409.....	557
Sherwood Park Restaurant Inc. and Town of Markham, Re.....	(1984), 48 O.R. (2d) 449.....	77
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	[1985] 1 R.C.S. 177.....	361
Singh v. Minister of Employment and Immigration.....	[1985] 1 S.C.R. 177.....	361
Sir John Chichester's Case.....	(1647), Aleyn 12, 82 E.R. 888.....	648
Smith v. Parkes.....	(1852), 16 Beav. 115.....	207
Smith v. The Queen.....	[1960] S.C.R. 776.....	65
Solem v. Helm.....	463 U.S. 277 (1983).....	333
Specht v. Patterson.....	386 U.S. 605 (1967).....	354
Spencer v. Texas.....	385 U.S. 552 (1967).....	333
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219.....	[1986] 1 S.C.R. 704.....	114
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des tra- vailleurs du papier, Section locale 219.....	[1986] 1 R.C.S. 704.....	114
Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Com- merce.....	(1985), 52 O.R. (2d) 473.....	134
State v. Doucette.....	470 A.2d 676 (1983).....	650

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Stein v. "Kathy K" (The Ship).....	[1976] 2 S.C.R. 802 .....	683
Stephens v. Cuckfield Rural District Council .....	[1960] 2 All E.R. 716 .....	557
Swietlinski v. The Queen .....	[1980] 2 S.C.R. 956 .....	302, 656
Switzman v. Elbling .....	[1957] S.C.R. 285 .....	55
Syndicat des employés du Centre hospitalier Robert-Giffard et annexes (C.S.N.) v. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers de Québec (S.P.I.I.Q.) .....	[1979] C.A. 323 .....	236

### T

Thompson v. Guaranty Trust Co.....	[1974] S.C.R. 1023 .....	678
Toronto Electric Commissioners v. Snider .....	[1925] A.C. 396 .....	15
Trask v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 655 .....	306
Trenholm v. Attorney-General of Ontario .....	[1940] S.C.R. 301 .....	240
Trimm c. Police régionale de Durham .....	[1987] 2 R.C.S. 582 .....	575, 580
Trimm v. Durham Regional Police .....	[1987] 2 S.C.R. 582 .....	575, 580
Trumbley and Fleming, Re .....	(1986), 55 O.R. (2d) 570 .....	554
Trumbley and Pugh v. Metropolitan Toronto Police.....	(1986), 55 O.R. (2d) 570 .....	554
Trumbley and Pugh v. Metropolitan Toronto Police.....	[1987] 2 S.C.R. 577 .....	575, 589
Trumbley et Pugh c. Police de la communauté urbaine de Toronto ...	[1987] 2 R.C.S. 577 .....	575, 589
Tufton v. Spérni .....	[1952] 2 T.L.R. 516 .....	134

### U

U.S. Surgical Corp. v. Hospital Products International Pty. Ltd. ....	[1982] 2 N.S.W.L.R. 766 .....	149
U.S. v. Cox .....	719 F.2d 285 (8th Cir. 1983).....	333
U.S. v. Davis.....	710 F.2d 104 (3rd Cir. 1983).....	333
U.S. v. Inendino .....	463 F.Supp. 252 (1978 N. D. Ill.).....	358
U.S. v. Maroney.....	355 F.2d 302 (1966) .....	356
U.S. v. Neary.....	552 F.2d 1184 (7th Cir. 1977).....	333
U.S. v. Schell.....	692 F.2d 672 (1982).....	360
U.S. v. Stewart.....	531 F.2d 326 (6th Cir. 1975).....	333
United Aircraft Canada Ltd. v. La Reine .....	Unreported/Inédit May 9, 1974 .....	228
United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd., Re.....	(1978), 19 O.R. (2d) 353 .....	31
United States of America v. Shephard .....	[1977] 2 S.C.R. 1067 .....	160

### V

Valin v. Langlois .....	(1879), 3 S.C.R. 1, 5 A.C. 115 .....	45
Van Rassel v. Canada .....	[1987] 1 F.C. 473 .....	563
Varga v. F. H. Deacon & Co.....	[1975] 1 S.C.R. 39 .....	136
Vézina and Côté v. The Queen .....	[1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155 .....	729
Vézina and Côté v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 2 .....	707
Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industry Ltd.....	[1949] 2 K.B. 528, [1949] 1 All E.R. 997...	445
Vidal case.....	Cass. civ. 1 <sup>re</sup> , April 14, 1982, <i>Bull.</i> 1982, I, No. 125, p. 110 .....	263

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>W</b>		
Walter v. Attorney General of Alberta.....	[1969] S.C.R. 383.....	18
Watson v. Mid Wales Railway Co. ....	(1867), L.R. 2 C.P. 593.....	206
Westendorp v. The Queen.....	[1983] 1 S.C.R. 43.....	66
Wilband v. The Queen.....	[1967] S.C.R. 14.....	352, 374
Wilkinson v. Downton .....	[1897] 2 Q.B.D. 57.....	127
Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Ship- builders Ltd. ....	[1981] 1 S.C.R. 363.....	683
Woodburn v. Woodburn.....	(1975), 11 N.S.R. (2d) 528, 21 R.F.L. 179	141
Wright v. Wright .....	(1973), 1 O.R. (2d) 337.....	140
Yeomans v. Gaw .....	(1985), 22 C.C.C. (3d) 311.....	552
<b>Z</b>		
Zik v. High .....	(1981), 35 O.R. (2d) 226.....	157



## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68			
s. 93(1).....	193	s. 24.....	99
<b>B</b>			
Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10		s. 35.....	99
s. 37.....	383	s. 36.....	99
<b>C</b>			
Canadian Charter of Rights and Freedoms		s. 37(1).....	99
s. 1.....	309, 512, 636	s. 37(2).....	99
s. 2.....	2	s. 37(5).....	99
s. 3.....	2	s. 38.....	99
s. 7.....	309, 383, 512, 636, 667	s. 39.....	99
s. 9.....	309, 512	s. 40.....	99
s. 10(b).....	435, 537	Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193	
s. 11.....	309, 512, 541	s. 335.....	746
s. 11(d).....	309, 572, 577, 582, 636, 667	s. 399.....	746
s. 11(e).....	309	s. 400.....	746
s. 11(f).....	309	s. 593.....	746
s. 12.....	309, 512	Civil Code of Lower Canada	
s. 15(1).....	2	s. 30.....	244
s. 24.....	383	Civil Code of Quebec	
s. 24(1).....	309, 461, 512, 541	art. 654.....	244
s. 24(2).....	435	Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25	
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33		art. 846.....	219
s. 2.....	84	art. 847.....	219
s. 3.....	84	Competition Act, S.C. 1986, c. 26	
s. 7(a).....	84	s. 97.....	466
s. 7(b).....	84	s. 98.....	466
s. 41(2).....	84	Conditional Sales Act, R.S.N.S. 1967, chap. 48	
s. 41(3).....	84	s. 1(b)(ii).....	440
Children's Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 68		Constitution Act, 1867	
s. 19(a).....	99	s. 91(27).....	591
s. 19(d).....	99	s. 92(1).....	2
		s. 92(4).....	2
		s. 92(6).....	591
		s. 92(13).....	2, 59
		s. 92(14).....	591
		s. 92(16).....	591
		Constitution Act, 1982	
		s. 45.....	2
		Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, c. C-42	
		s. 8.....	672

	PAGE		PAGE
<b>Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34</b>		s. 695.1(2).....	309
s. 7(2).....	383	s. 710.....	512
s. 21(2).....	636	s. 740.....	383
s. 110(1)(d).....	694	s. 758.....	304
s. 157.....	512	s. 771(3).....	304
s. 159(2)(b).....	59		
s. 163.....	59	<b>I</b>	
s. 169.....	59	<b>Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63</b>	
s. 170.....	59	s. 231(3).....	755
s. 171.....	59	s. 238(2).....	755
s. 212.....	618, 636	<b>Inquiry Act, R.S.B.C. 1979, c. 198</b>	
s. 213.....	618, 636	s. 8.....	591
s. 213(d).....	667	<b>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)</b>	
s. 214(1).....	619	art. 15.....	512
s. 236(1).....	304	<b>Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23</b>	
s. 244.....	293	s. 35(d).....	512
s. 245(1).....	293, 541		
s. 246.1.....	293	<b>J</b>	
s. 423(1)(d).....	694	<b>Juries Act, S.N.S. 1969, c. 12</b>	
s. 500(4).....	383	s. 1(m).....	694
s. 510(3).....	686	s. 4.....	694
s. 558.....	694	s. 4(2).....	694
s. 569(2).....	694		
s. 573.....	694	<b>L</b>	
s. 577.....	694	<b>Labour Code, R.S.Q., c. C-27</b>	
s. 577(3).....	398	s. 109.1.....	219
s. 594(1)(a).....	383	s. 128.....	219
s. 598.....	694	<b>Land Titles Act, R.S.A. 1980, c. L-5</b>	
s. 599.....	694	s. 150(1).....	193
s. 600.....	694	s. 150(2).....	193
s. 613(1)(a)(i).....	168	<b>Law of Property Act, R.S.A. 1980, c. L-8</b>	
s. 613(1)(b)(iii).....	694	s. 41(1).....	193
s. 613(2).....	398	s. 43(1).....	193
s. 617.....	512	<b>Liquor Control Act, R.S.N.B. 1973, c. L-10</b>	
s. 618(1)(b).....	694	s. 63.01.....	59
s. 687.....	309		
s. 687(b).....	512		
s. 688.....	512		
s. 688(a).....	309		
s. 688(b).....	309		
s. 689(1)(a).....	309		
s. 689(1)(b).....	309		
s. 689(2).....	309		
s. 690.....	309		
s. 690(2).....	309		
s. 690(3).....	309		
s. 691.....	309		
s. 692.....	309		
s. 694(1).....	309		
s. 695.1.....	512		
s. 695.1(1).....	309		



	PAGE		PAGE
<b>M</b>		<b>Public Utilities Act, R.S.N.B. 1973, c. P-27</b>	
<b>Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288</b>		s. 5(1).....	466
s. 75.....	383	s. 8.....	466
		s. 22.....	466
		s. 23.....	466
		s. 24.....	466
<b>O</b>		<b>R</b>	
<b>Ontario Rule of Practice</b>		<b>Regulation 791, R.R.O. 1980</b>	
R. 126.....	99	s. 3.....	582
<b>P</b>		s. 5(11).....	582
<b>Parole Act, R.S.C. 1970, c. P-2</b>		s. 6.....	582
s. 10(1)(a).....	309, 512	s. 13.....	582
<b>Police Act, R.S.B.C. 1979, c. 331</b>		s. 16(4).....	582
s. 40.....	591	s. 16(9).....	582
<b>Public Service Act, R.S.O. 1970, c. 386</b>		s. 16(15).....	582
s. 12(1).....	2	s. 18(1).....	572
s. 12(2).....	2	s. 19(1).....	582
s. 12(3).....	2	s. 20(2).....	582
s. 12(4).....	2	s. 20(3).....	582
s. 12(5).....	2	s. 24.....	582
s. 13(1).....	2	<b>Regulation 791, R.R.O. 1980, Code of Offences</b>	
s. 13(2).....	2	s. 1.....	582
s. 14.....	2	s. 1(a)(i).....	577
s. 15.....	2	s. 1(a)(iv).....	572
s. 16.....	2	s. 1(c)(x).....	572
<b>Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32</b>		<b>Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1970, c. R-9</b>	
s. 10.....	489, 503	s. 25(1).....	541
s. 12(1).....	489	s. 36(1).....	541
s. 21.....	489, 503	s. 45.....	541
<b>Public Utilities Act, R.S.N. 1970, c. 322</b>		<b>S</b>	
s. 14.....	466	<b>Supreme Court Rules, SOR/83-74</b>	
s. 18.....	466	s. 32(4).....	512
s. 23(g).....	466	s. 51.....	304
s. 40.....	466	<b>Statute of Frauds (Eng.), 29 Car. 2, c. 3</b>	
s. 60.....	466	s. 4.....	672
s. 73.....	466	<b>Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19</b>	
s. 81.....	466	s. 49.....	304
s. 96.....	466		
s. 113(2).....	466		



## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>A</b>			
Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68			
art. 93(1) .....	193	art. 213d).....	667
<b>C</b>			
Charte canadienne des droits et libertés		art. 214(1) .....	618
art. 1 .....	309, 512, 636	art. 236(1) .....	304
art. 2 .....	2	art. 244.....	293
art. 3.....	2	art. 245(1) .....	293, 541
art. 7 .....	309, 383, 512, 636, 667	art. 246.1 .....	293
art. 9 .....	309, 512	art. 423(1)d).....	694
art. 10b) .....	435, 537	art. 500(4) .....	383
art. 11 .....	309, 512, 541	art. 510(3) .....	686
art. 11d) .....	309, 572, 577, 582, 636, 667	art. 558.....	694
art. 11e).....	309	art. 569(2) .....	694
art. 11f).....	309	art. 573.....	694
art. 12 .....	309, 512	art. 577.....	694
art. 15(1) .....	2	art. 577(3) .....	398
art. 24.....	383	art. 594(1)a).....	383
art. 24(1) .....	309, 461, 512, 541	art. 598.....	694
art. 24(2) .....	435	art. 599.....	694
Code civil du Bas-Canada		art. 600.....	694
art. 30.....	244	art. 613(1)a)(i) .....	168
Code civil du Québec		art. 613(1)b)(iii) .....	694
art. 654.....	244	art. 613(2) .....	398
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34		art. 617.....	512
art. 7(2) .....	383	art. 618(1)b).....	694
art. 21(2) .....	636	art. 687.....	309
art. 110(1)d).....	694	art. 687b).....	512
art. 157.....	512	art. 688.....	512
art. 159(2)b).....	59	art. 688a).....	309
art. 163.....	59	art. 688b).....	309
art. 169.....	59	art. 689(1)a).....	309
art. 170.....	59	art. 689(1)b).....	309
art. 171.....	59	art. 689(2) .....	309
art. 212 .....	618, 636	art. 690.....	309
art. 213 .....	618, 636	art. 690(2) .....	309
		art. 690(3) .....	309
		art. 691.....	309
		art. 692.....	309
		art. 694(1) .....	309
		art. 695.1 .....	512
		art. 695.1(1) .....	309
		art. 695.1(2) .....	309
		art. 710.....	512
		art. 740.....	383

	PAGE		PAGE
art. 758.....	304	art. 92(1) .....	2
art. 771(3) .....	304	art. 92(4) .....	2
Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, chap. C-25		art. 92(6) .....	591
art. 846.....	219	art. 92(13) .....	2, 59
art. 847.....	219	art. 92(14) .....	591
Code du travail, L.R.Q., chap. C-27		art. 92(16) .....	591
art. 109.1 .....	219	Loi constitutionnelle de 1982	
art. 128.....	219	art. 45.....	2
Conditional Sales Act, R.S.N.S 1967, c. 48		Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63	
art. 1b(ii).....	440	art. 231(3) .....	755
Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, chap. C-42		art. 238(2) .....	755
art. 8.....	672	Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, chap. 193	
<b>I</b>		art. 335.....	746
Inquiry Act, R.S.B.C. 1979, chap. 198		art. 399.....	746
art. 8.....	591	art. 400.....	746
<b>J</b>		art. 593.....	746
Juries Act, S.N.S. 1969, chap. 12		Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23	
art. 1m).....	694	art. 35d).....	512
art. 4.....	694	Loi portant réforme du droit de l'enfance, L.R.O. 1980, chap. 68	
art. 4(2) .....	694	art. 19a).....	99
<b>L</b>		art. 19d).....	99
Land Titles Act, R.S.A. 1980, chap. L-5		art. 24.....	99
art. 150(1) .....	193	art. 35.....	99
art. 150(2) .....	193	art. 36.....	99
Law of Property Act, R.S.A. 1980, chap. L-8		art. 37(1) .....	99
art. 41(1) .....	193	art. 37(2) .....	99
art. 43(1) .....	193	art. 37(5) .....	99
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33		art. 38.....	99
art. 2.....	84	art. 39.....	99
art. 3.....	84	art. 40.....	99
art. 7a).....	84	Loi sur la concurrence, S.C. 1986, chap. 26	
art. 7b).....	84	art. 97.....	466
art. 41(2) .....	84	art. 98.....	466
art. 41(3) .....	84	Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19	
Loi constitutionnelle de 1867		art. 49.....	304
art. 91(27) .....	591	Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, S.R.C. 1970, chap. R-9	
		art. 25(1) .....	541
		art. 36(1) .....	541
		art. 45.....	541
		Loi sur la libération conditionnelle de détenus, S.R.C. 1970, chap. P-2	
		art. 10(1)a) .....	309, 512
		Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10	
		art. 37.....	383

	PAGE		PAGE
Loi sur la réglementation des alcools, L.R.N.-B. 1973, chap. L-10		Public Utilities Act, R.S.N. 1970, chap. 322	
art. 63.01 .....	59	art. 14.....	466
Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32		art. 18.....	466
art. 10 .....	489, 503	art. 23g).....	466
art. 12(1) .....	489	art. 40.....	466
art. 21 .....	489, 503	art. 60.....	466
Loi sur les entreprises de service public, L.R.N.-B. 1973, chap. P-27,		art. 73.....	466
art. 5(1) .....	466	art. 81.....	466
art. 8.....	466	art. 96.....	466
art. 22.....	466	art. 113(2).....	466
art. 23.....	466		
art. 24.....	466	<b>R</b>	
<b>M</b>		Règlement 791, R.R.O. 1980	
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288		art. 3.....	582
art. 75.....	383	art. 5(11).....	582
		art. 6.....	582
<b>P</b>		art. 13.....	582
Pacte international relatif aux droits civils et poli- tiques, A.G Rés. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966)		art. 16(4).....	582
art. 15.....	512	art. 16(9).....	582
Police Act, R.S.B.C. 1979, chap. 331		art. 16(15).....	582
art. 40.....	591	art. 18(1).....	572
Public Service Act, R.S.O. 1970, chap. 386		art. 19(1).....	582
art. 12(1) .....	2	art. 20(2).....	582
art. 12(2) .....	2	art. 20(3).....	582
art. 12(3) .....	2	art. 24.....	582
art. 12(4) .....	2	Règlement 791, R.R.O. 1980, Code of Offences	
art. 12(5) .....	2	art. 1.....	582
art. 13(1) .....	2	art. 1a)(i).....	577
art. 13(2) .....	2	art. 1a)(iv).....	572
art. 14.....	2	art. 1c)(x).....	572
art. 15.....	2	Règles de la Cour suprême, DORS/83-74	
art. 16.....	2	art. 32(4).....	512
		art. 51.....	304
		Règles de pratique de l'Ontario	
		art. 126.....	99
		<b>S</b>	
		Statute of Frauds (Angl.), 29 Car. 2, chap. 3	
		art. 4.....	672



## AUTHORS CITED

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Austin, R. P. "The Corporate Fiduciary: <i>Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce</i> " (1986-87), 12 <i>Can. Bus. L.J.</i> 96.....	135
Bower, George Spencer. <i>The Doctrine of Res Judicata</i> , 2nd ed. by Sir Alexander Kingcome Turner. London: Butterworths, 1969 .....	565
Brown, Harold. "Franchising — A Fiduciary Relationship" (1971), 49 <i>Texas Law Rev.</i> 650 .....	139
Burns, Peter. "Civil Conspiracy: An Unwieldy Vessel Rides a Judicial Tempest" (1982), 16 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 229.....	124
Burns, Peter and R. S. Reid. "From Felony Murder to Accomplice Felony Attempted Murder: The Rake's Progress Compleat?" (1977), 55 <i>Can. Bar Rev.</i> 75 .....	649
Canada. Commission de réforme du droit. <i>L'homicide</i> (document de travail 33). Ottawa, 1984.....	633
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Pour une nouvelle codification du droit pénal</i> (rapport 30). Ottawa, 1986 .....	650
Canada. Law Reform Commission. <i>Homicide</i> (Working Paper 33). Ottawa, 1984.....	632, 650
Canada. Law Reform Commission. <i>Recodifying Criminal Law</i> (Report 30). Ottawa, 1986 .....	650
Clement, W. H. P. <i>The Law of the Canadian Constitution</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1904.....	48
Coke, Sir Edward. <i>The Third Part of the Institutes of the Laws of England</i> . London: W. Clarke & Sons, 1817.....	647
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des Lois</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1982 .....	466
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> . Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1984.....	466
Craies, William Feilden. <i>Craies on Statute Law</i> , 7th ed. by S. G. G. Edgar. London: Sweet & Maxwell, 1971..	557
Cross, Sir Rupert. <i>Evidence</i> , 5th ed. London: Butterworths, 1979 .....	165
Dalton, Michael. <i>Country Justice</i> . London, 1619.....	648
Davidson, Ian E. "The Equitable Remedy of Compensation" (1982), 13 <i>Melbourne Univ. Law Rev.</i> 349.....	150
de Smith, Stanley Alexander. <i>de Smith's Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.....	235
Deleury, Édith et Michèle Rivest. «Du concept d'abandon, du placement en famille d'accueil et de la tutelle du directeur de la protection de la jeunesse: quelques interrogations à propos du transfert des prérogatives de l'autorité parentale à une autre personne que les père et mère» (1980), 40 <i>R. du B.</i> 483.....	262
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983 .....	556
Dussault, René and Louis Borgeat. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , 2nd ed., vol. I. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswells, 1985 .....	234
Dussault, René et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , 2 <sup>e</sup> éd., tome I. Québec: Presses de l'Université Laval, 1984 .....	234

Dworkin, Ronald. <i>Law's Empire</i> . Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1986.....	626
East, Edward Hyde. <i>Pleas of the Crown</i> , vol. 1. London, 1803.....	648
Edwards, J. Ll. J. "Constructive Murder in Canadian and English Law" (1961), 3 <i>Crim. L.Q.</i> 481 .....	649
Finn, P. D. <i>Fiduciary Obligations</i> . Sydney: Law Book Co., 1977.....	135
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.....	128
Foster, Sir Michael. <i>Crown Law</i> . Oxford, 1762.....	648
Garant, Patrice. <i>Droit administratif</i> . Montréal: Yvon Blais, 1985.....	235
Garant, Patrice. <i>La fonction publique canadienne et québécoise</i> . Québec: Presses de l'Université Laval, 1973...	43
Gilles Rousseau. "Le vice de forme et le droit municipal" (1982), 23 <i>C. de D.</i> 406 .....	752
Goff, Robert and Gareth Jones. <i>The Law of Restitution</i> , 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1978 .....	134
Grant, Isabel and A. Wayne MacKay. "Constructive Murder and the Charter: In Search of Principle" (1987), 25 <i>Alta. L. Rev.</i> 129 .....	649, 665
Hale, Sir Matthew. <i>History of the Pleas of the Crown</i> , vol. 1, 1736.....	648
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 16, 4th ed., paragraph 1215. London: Butterworths, 1976 .....	147
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 42, 4th ed. London: Butterworths, 1983 .....	204
Hawkins, William. <i>Pleas of the Crown</i> , vol. 1, 1716.....	648
Hébert, Jean-Claude. "Le pouvoir de surveillance en matière pénale et criminelle" (1974), 34 <i>R. du B.</i> 411.....	227
Heffey, Peter G. "The Survival of Civil Conspiracy: A Question of Magic or Logic" (1975), 1 <i>Monash Univ.</i> <i>Law Rev.</i> 136.....	125
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.....	17, 34
Hooper, Anthony. "Some Anomalies and Developments in the Law of Homicide" (1967), 3 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 55.	649
Jones, Gareth. "Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty" (1968), 84 <i>L.Q.R.</i> 472 .....	135
Joyal-Poupart, Renée. «La loi 89 et l'autorité parentale» (1982), 13 <i>R.G.D.</i> 97.....	273
Joyal, Renée. <i>Précis de droit des jeunes</i> . Montréal: Yvon Blais, 1986.....	262
Keeton, George Williams and L. A. Sheridan. <i>Equity</i> . London: Sir Isaac Pitman & Sons, 1969.....	136
Kélada, Henri. <i>Précis de droit privé québécois</i> . Montréal: SOQUIJ, 1986.....	285
Kloepfer, Stephen. "The Status of Strict Construction in Canadian Criminal Law" (1983), 15 <i>Ottawa L. Rev.</i> 553.....	630
Knoppers, Bartha Maria. "From Parental Authority to Judicial Interventionism: The New Family Law in Quebec". In <i>Contemporary Trends in Family Law: A National Perspective</i> . Edited by K. Connell- Thouez and B. M. Knoppers. Toronto: Carswells, 1984, pp. 205-222 .....	261
Lanham, David. "Felony Murder — Ancient and Modern" (1983), 7 <i>Crim. L.J.</i> 90 .....	648
Lemieux, Denis. <i>Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale</i> . Farnham (Québec): Publications CCH/FM, 1986.....	233
Lévesque-Crevier, Marie-Claude. «La motivation en droit administratif» (1980), 40 <i>R. du B.</i> 535.....	233
L'Heureux-Dubé, Claire. «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 <i>R. du B.</i> 835.....	286
Maidment, Susan. <i>Child Custody and Divorce: The Law in Social Context</i> . London: Croom Helm, 1984.....	131
Manning, Morris. <i>Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982</i> . Toronto: Emond-Montgomery, 1983 .....	554
Marty, Gabriel et Pierre Raynaud. <i>Droit civil: les personnes</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Paris: Sirey, 1976.....	263
Mason, Sir Anthony. "Themes and Prospects" in P. Finn, ed., <i>Essays in Equity</i> . Sydney: Law Book Co., 1985	135
Maxwell, Sir Peter B. <i>Maxwell on the Interpretation of Statutes</i> , 12th ed. by P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969 .....	556



Mazeaud, Henri et Léon et Jean Mazeaud. <i>Leçons de droit civil</i> , t. 1, vol. 3, 6 <sup>e</sup> éd. par Michel de Juglart. Paris: Montchrestien, 1976 .....	264
McDonald, David C. <i>Legal Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Manual of Issues and Sources</i> . Toronto: Carswells, 1982.....	554
McLeod, James G. "Annotation" to <i>O'Byrne v. Koresec</i> (1986), 2 R.F.L. (3d) 104.....	115, 141
McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> , 2nd ed. Aurora (Ontario): Canada Law Books, 1984.....	164
Mewett, Alan W. and Morris Manning. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.....	649, 664
Milner, Alan. "Injuries to Consortium in Modern Anglo-American Law" (1958), 7 <i>Int. &amp; Comp. Law Q.</i> 417.	108
Mosberg, Clay A. Note, "A Parent's Cause of Action for the Alienation of a Child's Affection" (1973-74), 22 <i>Kan. L. Rev.</i> 684.....	109
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Family Law</i> . Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1969	112
Parker, Graham. <i>An Introduction to Criminal Law</i> . Toronto: Methuen, 1977.....	649
Pépin, Gilles et Yves Ouellette. <i>Principes de contentieux administratif</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1982 ...	232
Perkins, Rollin M. and Ronald N. Boyce. <i>Criminal Law</i> , 3rd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1982.....	650
Pineau, Jean. <i>La famille: droit applicable au lendemain de la «Loi 89»</i> . Montréal: P.U.M., 1983 .....	262
Practice Direction, [1973] 1 All E.R. 240.....	736
Quebec. Civil Code Revision Office. <i>Report on the Québec Civil Code: Draft Civil Code</i> , vol. I. Québec: Éditeur officiel, 1978 .....	271
Quebec. Civil Code Revision Office. <i>Report on the Québec Civil Code: Commentaries</i> , vol. II, t. 1. Québec: Éditeur officiel, 1978 .....	262
Québec. Office de révision du Code civil. <i>Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil</i> , vol I. Québec: Éditeur officiel, 1978 .....	271
Québec. Office de révision du Code civil. <i>Rapport sur le Code civil du Québec: Commentaires</i> , vol. II, t. 1. Québec: Éditeur officiel, 1978 .....	262
<i>Restatement of the Law of Torts</i> . As adopted and promulgated by the American Law Institute, at Washington, D.C. St. Paul: American Law Institute Publishers, 1938 .....	108
Senécal, J.-P. «La filiation et la déchéance de l'autorité parentale» (1982-83), 78 <i>F.P. du B.</i> 83.....	262
Shepherd, J. C. <i>The Law of Fiduciaries</i> . Toronto: Carswells, 1981 .....	135
Simler, Philippe. «La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)» (1972), 70 <i>Rev. trim. dr. civ.</i> 685 .....	286
Solomon, Robert M., Bruce P. Feldthusen and Stephen J. Mills. <i>Cases and Materials on the Law of Torts</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1986 .....	120
Stephen, Sir James Fitzjames. <i>Stephen's Digest of the Criminal Law</i> , 9th ed. By Lewis Frederick Sturge. London: Sweet & Maxwell, 1950.....	649
Stephen, Sir James Fitzjames. <i>A History of the Criminal Law of England</i> , vol. 3. London: MacMillan & Co., 1883.....	648
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law</i> . Toronto: Carswells, 1982.....	649
Stuart, Don. "Annotation to <i>R. v. Wigglesworth</i> " (1984), 38 C.R. (3d) 388.....	561
Vinter, E. <i>A Treatise on the History and Law of Fiduciary Relationships and Resulting Trusts</i> , 3rd ed., 1955	135
Weinrib, Ernest J. "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 <i>U.T.L.J.</i> 1 .....	135
Williams, Glanville. "The Foundations of Tortious Liability" (1939), 7 <i>Cambridge Law J.</i> 111 .....	120
Willis, John. "Case and Comment" (1951), 29 <i>Can. Bar Rev.</i> 784. Canada. Commission de réforme du droit. <i>L'homicide</i> (document de travail 33). Ottawa, 1984.....	650

Wills, William. <i>An Essay on the Principles of Circumstantial Evidence</i> , 6th ed. edited by Sir Alfred Wills. London: Butterworths, 1912 .....	164
--	-----



**Yvan Vaillancourt** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. VAILLANCOURT

File No.: 18963.

1986: December 10; 1987: December 3.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Constructive murder — Death caused by accomplice during robbery — Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of mens rea with respect to death of victim — Accused's conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element — Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.*

*Criminal law — Constructive murder — Fundamental justice — Presumption of innocence — Death caused by accomplice during robbery — Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of mens rea with respect to death of victim — Accused's conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element — Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.*

During an armed robbery in a pool hall, appellant's accomplice shot and killed a client. The accomplice managed to escape but appellant was arrested and convicted of second degree murder as a party to the offence pursuant to ss. 21(2) and 213(d) of the *Criminal Code*. Section 213(d) provides that "Culpable homicide is murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit ...

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

**Yvan Vaillancourt** *Appelant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

<sup>a</sup> et

**Le procureur général de l'Ontario** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. VAILLANCOURT

<sup>b</sup> N° du greffe: 18963.

1986: 10 décembre; 1987: 3 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

<sup>d</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Meurtre par imputation — Mort causée par un complice au cours d'un vol qualifié — Preuve d'une conduite intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la mens rea relativement à la mort de la victime — Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel — L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?*

<sup>e</sup> *Droit criminel — Meurtre par imputation — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Mort causée par un complice au cours d'un vol qualifié — Preuve d'une conduite intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la mens rea relativement à la mort de la victime — Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel — L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?*

<sup>f</sup> Au cours de la perpétration d'un vol à main armée dans une salle de billard, le complice de l'appelant a tiré un coup de feu qui a tué un client. Le complice a pu s'échapper, mais l'appelant a été arrêté et, conformément au par. 21(2) et à l'al. 213d) du *Code criminel*, il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, à titre de partie à l'infraction. L'alinéa 213d) dispose que «L'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une per-

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

robbery ... whether or not the person means to cause death to any human being and whether or not he knows that death is likely to be caused to any human being, if ... he uses a weapon or has it upon his person during or at the time he commits or attempts to commit the offence ... and the death ensues as a consequence." At his trial before judge and jury, appellant testified that at the time of the robbery, he was certain that the gun in possession of the accomplice was not loaded. He stated that they had agreed to commit the robbery armed only with knives and when, on the night of the crime, the accomplice arrived with a gun he insisted that it be unloaded. The accomplice removed three bullets from the gun and gave them to the appellant. Appellant's glove containing the three bullets was recovered by the police at the scene of the crime. The Court of Appeal dismissed appellant's appeal from conviction. In this Court, he challenged the constitutional validity of s. 213(d) of the *Criminal Code*. This appeal raises two constitutional questions: (1) Is section 213(d) of the *Code* inconsistent with either ss. 7 or 11(d) of the *Charter* and, therefore, of no force or effect? (2) If not, is the combination of ss. 21 and 213(d) of the *Code* inconsistent with either ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is s. 21 therefore of no force or effect in the case of a charge under s. 213(d)?

*Held* (McIntyre J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered. The first constitutional question should be answered in the affirmative. No answer was given to the second constitutional question.

*Per* Dickson C.J. and Estey, Lamer and Wilson JJ.: Prior to the enactment of the *Charter*, Parliament had full legislative powers with respect to criminal law, including the determination of the essential elements of any given crime. But the *Charter* has restricted these powers. Under section 7, if a conviction will result in a deprivation of the life, liberty or security of the person of the accused, then Parliament must respect the principles of fundamental justice. One of these principles is that a minimum mental state is an essential element of an offence. However, because of the special nature of the stigma attached to a conviction for murder, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime. While the current view of the justices is that such a conviction cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight, for the purpose of this

sonne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre [un. . .] vol qualifié [. . .] qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'elle sache ou non qu'il en résultera vraisemblablement la mort d'un être humain [...] si elle emploie une arme ou l'a sur sa personne pendant ou alors qu'elle commet ou tente de commettre l'infraction [...] et que la mort en soit la conséquence. À son procès devant un juge et un jury, l'appellant a témoigné qu'au moment du vol qualifié, il était certain que l'arme à feu que son complice avait en sa possession n'était pas chargée. Il a affirmé qu'ils avaient convenu de commettre le vol qualifié en étant armés de couteaux seulement et que, le soir du crime, lorsque le complice s'est présenté avec une arme à feu, il a tenu à ce qu'elle soit déchargée. Le complice a enlevé de l'arme à feu trois cartouches qu'il a remises à l'appellant. Le gant de l'appellant qui contenait les trois cartouches a été trouvé par la police sur les lieux du crime. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'appellant contre sa déclaration de culpabilité. En cette Cour, il attaque la constitutionnalité de l'al. 213d) du *Code criminel*. En l'espèce, deux questions constitutionnelles ont été formulées: (1) L'alinéa 213d) du *Code* est-il incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte* et par conséquent, inopérant? (2) Sinon, la combinaison de l'art. 21 et de l'al. 213d) du *Code* est-elle incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte* et l'art. 21 du *Code* est-il, par conséquent, inopérant dans le cas d'une accusation fondée sur l'al. 213d)?

*Arrêt* (le juge McIntyre est dissident): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative. Aucune réponse n'est donnée à la seconde question constitutionnelle.

*Le juge en chef* Dickson et les juges Estey, Lamer et Wilson: Avant l'adoption de la *Charte*, le Parlement avait pleins pouvoirs législatifs en matière de droit criminel, y compris en ce qui concerne la détermination des éléments essentiels d'un crime donné. La *Charte* est cependant venue limiter ces pouvoirs. Suivant l'art. 7, si une déclaration de culpabilité porte atteinte au droit de l'accusé à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, le législateur doit alors respecter les principes de justice fondamentale. L'un de ces principes porte qu'un état d'esprit minimal constitue un élément essentiel de l'infraction. Toutefois, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de meurtre, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime. Bien que les juges estiment actuellement qu'une telle déclaration de culpa-

appeal, it is sufficient to say that, as a principle of fundamental justice, there cannot be a conviction in the absence of proof beyond a reasonable doubt of at least objective foreseeability.

The presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter* is offended when an accused may be convicted despite the existence of a reasonable doubt on an essential element of the offence. Where Parliament substituted proof of a different element for proof of an essential element, such substitution is constitutionally valid if, upon proof beyond reasonable doubt of the substituted element, it would be unreasonable for the trier of fact or a jury not to be satisfied beyond a reasonable doubt of the existence of the essential element. Therefore, an accused cannot be found guilty of murder absent proof beyond a reasonable doubt of at least objective foreseeability, and a murder provision which allows a conviction in the absence of proof beyond reasonable doubt of at least that essential element infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

In the present case, s. 213(d) of the *Code* is *prima facie* in violation of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The *mens rea* required for s. 213 consists of the *mens rea* for the underlying offence and the intent to commit one of the acts set forth in paras. (a) to (d). Section 213 does not completely exclude the need to prove any objective foreseeability. Rather, it has substituted for proof beyond a reasonable doubt of objective foreseeability, if that is the essential element, proof beyond a reasonable doubt of certain forms of intentional dangerous conduct causing death. But this substitution is not constitutionally valid because it is still possible that, notwithstanding proof beyond a reasonable doubt of the matters set forth in paras. (a) and (d), a jury could reasonably be left in doubt as to whether the accused ought to have known that death was likely to ensue.

Section 213(d) cannot be saved by s. 1 of the *Charter*. It is clear that Parliament's objective to deter the use or carrying of a weapon in the commission of certain offences, because of the increased risk of death, was of sufficient importance for the purpose of s. 1. However, the measures adopted were not reasonable and demonstrably justifiable. While these measures appear to be rationally connected to the objective, they unduly impair the rights and freedoms in question. Indeed, it is

bilité ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective, il suffit de dire, pour les fins du présent pourvoi, que c'est un principe de justice fondamentale qu'en l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins une prévisibilité objective, il ne peut y avoir de déclaration de culpabilité.

Il y a contravention à la présomption d'innocence établie par l'al. 11d) de la *Charte* dès lors qu'un accusé peut être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel de l'infraction. Lorsque le législateur a remplacé la preuve d'un élément essentiel par la preuve d'un élément différent, cette substitution n'est constitutionnelle que si après que l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément ainsi substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ou le jury ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. Par conséquent, un accusé ne peut être déclaré coupable de meurtre en l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins une prévisibilité objective, et une disposition relative au meurtre qui permet de déclarer une personne coupable en l'absence de la preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins cet élément essentiel contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*.

En l'espèce, l'al. 213d) du *Code* viole à première vue l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. La *mens rea* requise dans le cas de l'art. 213 est celle requise pour l'infraction sous-jacente et l'intention de commettre l'un des actes énoncés aux al. a) à d). L'article 213 n'exclut pas complètement la nécessité de faire la preuve d'une prévisibilité objective. Plutôt, il substitue à la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévisibilité objective, à supposer que ce soit là l'élément essentiel, la preuve hors de tout doute raisonnable de certains types de conduite intentionnelle dangereuse causant la mort. Cette substitution est cependant inconstitutionnelle parce qu'il est encore possible que, nonobstant la preuve hors de tout doute raisonnable des choses énoncées aux al. a) à d), un jury ait raisonnablement des doutes pour ce qui est de déterminer si l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuire.

L'alinéa 213d) ne peut être sauvé par l'article premier de la *Charte*. Il est évident que l'objectif du législateur consistant à dissuader d'utiliser une arme ou d'en être muni lors de la perpétration de certaines infractions, en raison du risque accru de causer la mort, revêt une importance suffisante aux fins de l'article premier. Cependant, les mesures adoptées ne sont pas raisonnables et leur justification ne peut pas se démontrer. Bien qu'il semble y avoir un lien rationnel entre ces

not necessary to convict of murder persons who did not intend or foresee the death and who could not even have foreseen the death in order to deter others from using or carrying weapons. If Parliament wishes to deter the use or carrying of weapons, it should, as in s. 83 of the *Code*, punish the use or carrying of weapons.

*Per* Beetz and Le Dain JJ.: For the reasons given by Lamer and La Forest JJ., s. 213(d) of the *Criminal Code* does not conform to the principles of fundamental justice entrenched in the *Charter* and cannot be saved under s. 1. For the reasons given by Lamer J., s. 213(d) also violates s. 11(d) of the *Charter* and cannot be justified under s. 1. Given these conclusions, it is not necessary to decide whether there exists a principle of fundamental justice that a conviction for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight.

*Per* La Forest J.: Because of the stigma attached to a conviction for murder, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime, namely one referable to causing death. In addition to the intention to cause death, this can include a closely related intention such as intention to cause bodily harm likely to result in death combined with recklessness as to that result. It is sufficient to say in this case that the mental element required by s. 213(d) of the *Criminal Code* is so remote from the intention specific to murder that a conviction under that paragraph violates fundamental justice. The provision is so broad that under it a person may be found guilty of murder even though the death was the result of an accident.

Section 213(d) of the *Code* cannot be saved by s. 1 of the *Charter*. The objective of discouraging the use of weapons in the commission of crimes can be achieved by means other than attaching the stigma of a conviction for murder to a person who has caused death in the circumstances like those described in the provision.

*Per* McIntyre J. (dissenting): The two constitutional questions should be answered in the negative. Parliament has decided that possession and use of weapons in the course of the commission of offences is a gravely aggravating factor and has chosen to term a killing arising in the circumstances described in s. 213(d) as

mesures et l'objectif visé, elles portent indûment atteinte aux droits et aux libertés en question. En fait, il n'est pas nécessaire, pour dissuader d'autres personnes de se servir d'armes ou d'en être munies, de déclarer coupables de meurtre des personnes qui n'ont pas voulu ni prévu causer la mort et qui n'auraient même pas pu prévoir qu'elle résulterait. Si le législateur souhaite dissuader les gens d'utiliser une arme ou d'en être munis, il devrait, comme il le fait à l'art. 83 du *Code*, punir l'usage ou le port d'une arme.

*Les* juges Beetz et Le Dain: Pour les raisons données par les juges Lamer et La Forest, l'al. 213(d) du *Code criminel* n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale enchâssés dans la *Charte* et il ne peut être sauvegardé en vertu de l'article premier. Pour les raisons données par le juge Lamer, l'al. 213(d) viole aussi l'al. 11(d) de la *Charte* et ne saurait être justifié en vertu de l'article premier. Étant donné ces conclusions, il n'est pas nécessaire de déterminer s'il existe un principe de justice fondamentale portant qu'une déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective.

*Le* juge La Forest: En raison des stigmates liés à une déclaration de culpabilité de meurtre, les principes de justice fondamentale exigent une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime, savoir une qui se rapporte au fait de causer la mort. Outre l'intention de causer la mort, cela peut inclure une intention très proche comme celle de causer des lésions corporelles de nature à causer la mort, sans se soucier que la mort en résulte ou non. Il suffit de dire, en l'espèce, que l'élément moral requis par l'al. 213(d) du *Code criminel* est si éloigné de l'intention spécifique de commettre un meurtre qu'une déclaration de culpabilité rendue en vertu de cet alinéa est contraire à la justice fondamentale. La disposition est de portée si générale qu'elle permet de déclarer une personne coupable de meurtre même si la mort a été causée accidentellement.

L'alinéa 213(d) du *Code* ne peut être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. L'objectif de dissuader d'utiliser des armes en commettant des crimes peut être atteint autrement que par l'imposition du stigmate de la déclaration de culpabilité de meurtre à une personne qui a causé la mort dans des circonstances comme celles décrites dans la disposition.

*Le* juge McIntyre (dissent): Les deux questions constitutionnelles doivent recevoir une réponse négative. Le législateur a décidé que la possession et l'usage d'une arme pendant la perpétration d'une infraction sont des facteurs très aggravants et il a choisi d'appeler «meurtre» l'homicide commis dans les circonstances décrites à

murder. While it may be illogical to characterize an unintentional killing as murder, no principle of fundamental justice is offended because serious criminal conduct, involving the commission of a crime of violence resulting in the killing of a human being, is classified as murder and not in some other manner.

In this case, the accused was properly convicted of murder under the combined effect of ss. 21(2) and 213(d) of the *Code*. The terms of s. 21(2) were fully met as there was evidence of the accused's active participation in the commission of the robbery, the underlying offence. The section gives expression to a principle of joint criminal liability long accepted and applied in the criminal law, and there is no basis upon which one could exempt conduct which attracts criminal liability, under s. 213 of the *Code*, from the application of that principle.

#### Cases Cited

By Lamer J.

Considered: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Corporation of the City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; disapproved: *R. v. Bezanson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 493; referred to: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956; *Reference re Validity of s. 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469; *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638; *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; *People v. Aaron*, 299 N.W.2d 304 (1980); *State v. Doucette*, 470 A.2d 676 (1983); *Sir John Chichester's Case* (1647), Aleyn 12, 82 E.R. 888; *Hull's Case* (1664), Kelyng, J. 40; *R. v. Plummer* (1702), Kelyng, J. 109, 84 E.R. 1103; *R. v. Woodburne and Coke* (1722), 16 St. Tr. 53.

By La Forest J.

Referred to: *Rowe v. The King*, [1951] S.C.R. 713.

By McIntyre J. (dissenting)

*R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(d).  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(27).

l'al. 213d). Bien qu'il puisse être illogique de qualifier de meurtre l'homicide involontaire, aucun principe de justice fondamentale n'est violé du seul fait qu'une conduite criminelle grave comportant la perpétration d'un crime violent qui entraîne la mort d'un être humain, soit qualifiée de meurtre et non de quelque autre manière.

En l'espèce, c'est à juste titre que l'accusé a été déclaré coupable de meurtre en vertu de l'effet conjugué du par. 21(2) et de l'al. 213d) du *Code*. Les conditions du par. 21(2) étaient parfaitement remplies étant donné qu'il y avait preuve de la participation active de l'accusé à la perpétration du vol qualifié, l'infraction sous-jacente. La disposition exprime un principe de responsabilité criminelle conjointe depuis longtemps accepté et appliqué en droit criminel et il n'y a aucune raison de soustraire à l'application de ce principe une conduite qui, en vertu de l'art. 213 du *Code*, entraîne une responsabilité criminelle.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêts examinés: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; arrêt critiqué: *R. v. Bezanson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 493; arrêts mentionnés: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956; *Reference re Validity of s. 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. [1951] A.C. 179; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469; *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638; *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; *People v. Aaron*, 299 N.W.2d 304 (1980); *State v. Doucette*, 470 A.2d 676 (1983); *Sir John Chichester's Case* (1647), Aleyn 12, 82 E.R. 888; *Hull's Case* (1664), Kelyng, J. 40; *R. v. Plummer* (1702), Kelyng, J. 109, 84 E.R. 1103; *R. v. Woodburne and Coke* (1722), 16 St. Tr. 53.

Citée par le juge La Forest

Arrêt mentionné: *Rowe v. The King*, [1951] R.C.S. 713.

Citée par le juge McIntyre (dissident)

*R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260; *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11d).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21(2), 83 [abr. & rempl. 1976-77, chap. 53, art. 3], 205(5)a),



*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(2), 83 [rep. & subs. 1976-77, c. 53, s. 3], 205(5)(a), 212(a)(i), (ii), (c), 213 [am. 1974-75-76, c. 93, s. 13; c. 105, s. 29 item 1(4)].

*Homicide Act*, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 11 (U.K.)

#### Authors Cited

Burns, Peter and R. S. Reid. "From Felony Murder to Accomplice Felony Attempted Murder: The Rake's Progress Compleat?" (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 75.

Canada. Law Reform Commission. *Homicide* (Working Paper 33). Ottawa, 1984.

Canada. Law Reform Commission. *Recodifying Criminal Law* (Report 30). Ottawa, 1986.

Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*. London: W. Clarke & Sons, 1817.

Dalton, Michael. *Country Justice*. London, 1619.

East, Edward Hyde. *Pleas of the Crown*, vol. 1. London, 1803.

Edwards, J. Ll. J. "Constructive Murder in Canadian and English Law" (1961), 3 *Crim. L.Q.* 481.

Foster, Sir Michael. *Crown Law*. Oxford, 1762.

Grant, Isabel and A. Wayne MacKay. "Constructive Murder and the Charter: In Search of Principle" (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129.

Hale, Sir Matthew. *History of the Pleas of the Crown*, vol. 1, 1736.

Hawkins, William. *Pleas of the Crown*, vol. 1, 1716.

Hooper, Anthony. "Some Anomalies and Developments in the Law of Homicide" (1967), 3 *U.B.C. L. Rev.* 55.

Lanham, David. "Felony Murder—Ancient and Modern" (1983), 7 *Crim. L.J.* 90.

Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

Parker, Graham. *An Introduction to Criminal Law*. Toronto: Methuen, 1977.

Perkins, Rollin M. and Ronald N. Boyce. *Criminal Law*, 3rd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1982.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 3. London: MacMillan & Co., 1883.

Stephen, Sir James Fitzjames. *Stephen's Digest of the Criminal Law*, 9th ed. By Lewis Frederick Sturge. London: Sweet & Maxwell, 1950.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1982.

Willis, John. "Case and Comment" (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 784.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1984), 31 C.C.C. (3d) 75, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of second degree murder. Appeal allowed and new trial ordered, McIntyre J. dissenting.

212a)(i), (ii), c), 213 [mod. 1974-75-76, chap. 93, art. 13; chap. 105, art. 29, item 1(4)].

*Homicide Act*, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, chap. 11 (R.-U.)  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27).

#### <sup>a</sup> Doctrine citée

Burns, Peter and R. S. Reid. «From Felony Murder to Accomplice Felony Attempted Murder: The Rake's Progress Compleat?» (1977), 55 *R. du B. can.* 75.

<sup>b</sup> Canada. Commission de réforme du droit. *L'homicide* (document de travail 33). Ottawa, 1984.

Canada. Commission de réforme du droit. *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (rapport 30). Ottawa, 1986.

<sup>c</sup> Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*. London: W. Clarke & Sons, 1817.

Dalton, Michael. *Country Justice*. London, 1619.

East, Edward Hyde. *Pleas of the Crown*, vol. 1. London, 1803.

<sup>d</sup> Edwards, J. Ll. J. «Constructive Murder in Canadian and English Law» (1961), 3 *Crim. L.Q.* 481.

Foster, Sir Michael. *Crown Law*. Oxford, 1762.

Grant, Isabel and A. Wayne MacKay. «Constructive Murder and the Charter: In Search of Principle» (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129.

<sup>e</sup> Hale, Sir Matthew. *History of the Pleas of the Crown*, vol. 1, 1736.

Hawkins, William. *Pleas of the Crown*, vol. 1, 1716.

Hooper, Anthony. «Some Anomalies and Developments in the Law of Homicide» (1967), 3 *U.B.C. L. Rev.* 55.

<sup>f</sup> Lanham, David. «Felony Murder—Ancient and Modern» (1983), 7 *Crim. L.J.* 90.

Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

Parker, Graham. *An Introduction to Criminal Law*. Toronto: Methuen, 1977.

<sup>g</sup> Perkins, Rollin M. and Ronald N. Boyce. *Criminal Law*, 3rd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1982.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 3. London: MacMillan & Co., 1883.

<sup>h</sup> Stephen, Sir James Fitzjames. *Stephen's Digest of the Criminal Law*, 9th ed. By Lewis Frederick Sturge. London: Sweet & Maxwell, 1950.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1982.

<sup>i</sup> Willis, John. «Case and Comment» (1951), 29 *R. du B. can.* 784.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1984), 31 C.C.C. (3d) 75, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre du verdict de culpabilité rendu contre lui relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge McIntyre est dissident.

*Michel Marchand and Michael Brind'Amour*,  
for the appellant.

*Bernard Laprade and Jean-François Dionne*,  
for the respondent.

*James K. Stewart*, for the intervener.

The judgment of Dickson C.J. and Estey, Lamer  
and Wilson JJ. was delivered by

LAMER J.—

### Introduction

Vaillancourt was convicted of second degree  
murder following a trial before a judge and jury in  
Montréal. He appealed to the Quebec Court of  
Appeal, arguing that the judge's charge to the jury  
on the combined operation of ss. 213(d) and 21(2)  
of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, was  
incorrect. His appeal was dismissed and the con-  
viction was affirmed: (1984), 31 C.C.C. (3d) 75.  
Before this Court, he has challenged the constitu-  
tional validity of s. 213(d) alone and in combina-  
tion with s. 21(2) under the *Canadian Charter of  
Rights and Freedoms*.

### The Facts

For the purposes of this appeal, the Crown does  
not contest the following statement of the facts.

The appellant and his accomplice committed an  
armed robbery in a pool hall. The appellant was  
armed with a knife and his accomplice with a gun.  
During the robbery, the appellant remained near  
the front of the hall while the accomplice went to  
the back. There was a struggle between the accom-  
plice and a client. A shot was fired and the client  
was killed. The accomplice managed to escape and  
has never been found. The appellant was arrested  
at the scene.

In the course of his testimony, the appellant said  
that he and his accomplice had agreed to commit  
this robbery armed only with knives. On the night  
of the robbery, however, the accomplice arrived at  
their meeting place with a gun. The appellant said

*Michel Marchand et Michael Brind'Amour*,  
pour l'appellant.

*Bernard Laprade et Jean-François Dionne*, pour  
l'intimée.

*James K. Stewart*, pour l'intervenant.

Version française du jugement du juge en chef  
Dickson et des juges Estey, Lamer et Wilson rendu  
par

LE JUGE LAMER—

### Introduction

Vaillancourt a été déclaré coupable de meurtre  
au deuxième degré à l'issue d'un procès tenu  
devant un juge et un jury à Montréal. Il a interjeté  
appel devant la Cour d'appel du Québec, où il a  
fait valoir que les directives que le juge a données  
au jury concernant l'effet conjugué de l'al. 213d)  
et du par. 21(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970,  
chap. C-34, étaient erronées. L'appel a été rejeté et  
la déclaration de culpabilité confirmée: (1984), 31  
C.C.C. (3d) 75. En cette Cour, il attaque, en se  
fondant sur la *Charte canadienne des droits et  
libertés*, la constitutionnalité de l'al. 213d) pris  
isolément et conjugué avec le par. 21(2).

### Les faits

Pour les fins du présent pourvoi, le ministère  
public ne conteste pas les faits exposés ci-après.

L'appellant et son complice ont commis un vol à  
main armée dans une salle de billard. L'appellant  
était armé d'un couteau et son complice d'une  
arme à feu. Au cours du vol, l'appellant est resté  
près de l'entrée de la salle alors que le complice  
s'est rendu à l'arrière. Le complice en est venu aux  
mains avec un client. Un coup a été tiré et le client  
est mort. Le complice a pu s'échapper et on ne l'a  
jamais retrouvé. L'appellant a été arrêté sur les  
lieux du crime.

Au cours de son témoignage, l'appellant a  
affirmé que lui et son complice avaient convenu de  
commettre ce vol en étant armés de couteaux  
seulement. Le soir du vol, toutefois, le complice  
s'est présenté au lieu de rendez-vous avec une

that he objected because, on a previous armed robbery, his gun had discharged accidentally, and he did not want that to happen again. He insisted that the gun be unloaded. The accomplice removed three bullets from the gun and gave them to the appellant. The appellant then went to the bathroom and placed the bullets in his glove. The glove was recovered by the police at the scene of the crime and was found at trial to contain three bullets. The appellant testified that, at the time of the robbery, he was certain that the gun was unloaded.

### Constitutional Questions

Before this Court, the following constitutional questions were formulated:

1. Is section 213(d) of the *Criminal Code* inconsistent with the provisions of either s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and, therefore, of no force or effect?
2. If not, is the combination of s. 21 and s. 213(d) of the *Criminal Code* inconsistent with the provisions of either s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is s. 21 of the *Criminal Code* therefore of no force or effect in the case of a charge under s. 213(d) of the *Criminal Code*?

### The Law

#### *Narrowing the Issue*

The appellant has framed his attack on s. 213(d) of the *Code* in very wide terms. He has argued that the principles of fundamental justice require that, before Parliament can impose any criminal liability for causing a particular result, there must be some degree of subjective *mens rea* in respect of that result. This is a fundamental question with far reaching consequences. If this case were decided on that basis, doubt would be cast on the constitutional validity of many provisions throughout our *Criminal Code*, in particular s. 205(5)(a), whereby causing death by means of an unlawful act is culpable homicide, and s. 212(c) whereby objective foreseeability of the likelihood of death is sufficient for a murder conviction in certain circumstances.

arme à feu. L'appelant a dit qu'il s'était alors objecté car, au cours d'un vol à main armée antérieur, son arme s'était déchargée accidentellement, et il ne voulait pas que cela se reproduise. Il a tenu à ce que l'arme soit déchargée. Le complice a enlevé de l'arme à feu trois cartouches qu'il a remises à l'appelant. L'appelant est alors allé aux toilettes et a mis les cartouches dans son gant. La police a trouvé ce gant sur les lieux du crime et, au procès, on a conclu qu'il contenait trois cartouches. L'appelant a témoigné qu'au moment du vol il était certain que l'arme n'était pas chargée.

### Les questions constitutionnelles

En cette Cour, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. L'alinéa 213d) du *Code criminel* est-il incompatible avec les dispositions de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, inopérant?
2. Si non, la combinaison de l'art. 21 et de l'al. 213d) du *Code criminel* est-elle incompatible avec les dispositions de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et l'art. 21 du *Code criminel* est-il, par conséquent, inopérant dans le cas d'une accusation fondée sur l'art. 213d) du *Code criminel*?

### Le droit

#### *Délimitation de la question en litige*

L'appelant a formulé en des termes très généraux son attaque contre l'al. 213d) du *Code*. Il a fait valoir que, suivant les principes de justice fondamentale, le législateur ne peut imposer de responsabilité criminelle pour avoir provoqué un résultat particulier que s'il y a un certain degré de *mens rea* subjective à l'égard de ce résultat. Voilà une question fondamentale lourde de conséquences. Si le présent litige devait être décidé sur ce fondement, cela mettrait en doute la constitutionnalité d'un bon nombre de dispositions de notre *Code criminel*, en particulier l'al. 205(5)a), aux termes duquel causer la mort au moyen d'un acte illégal constitue un homicide coupable, et l'al. 212c), selon lequel la prévisibilité objective que la mort pourra être causée suffit, dans certaines circonstances, pour permettre une déclaration de culpabilité de meurtre.

However, the appellant was convicted under s. 213(d) and the constitutional question is limited to this provision. In my opinion, the validity of s. 213(d) can be decided on somewhat narrower grounds. In addition, the Attorney General of Canada has seen fit not to intervene to support the constitutionality of s. 213(d), which is clearly in jeopardy in this case, though he may have intervened to support ss. 205(5)(a) and 212(c) and other similar provisions. I will thus endeavour not to make pronouncements the effect of which will be to predispose in *obiter* of other issues more properly dealt with if and when the constitutionality of the other provisions is in issue. I do, however, find it virtually impossible to make comments as regards s. 213(d) that will not have some effect on the validity of the rest of s. 213 or that will not reveal to some extent my views as regards s. 212(c). However, the validity of those sections and of paras. (a) to (c) of s. 213 is not in issue here and I will attempt to limit my comments to s. 213(d).

The appellant has also challenged the combined operation of ss. 21(2) and 213(d). Given my decision on the validity of s. 213(d) and in view of the importance of s. 21(2) and the absence of the Attorney General of Canada, I do not find it necessary or advisable to deal with s. 21(2) in this appeal.

#### *Analysis of s. 213(d)*

##### Section 213(d) in the Context of the Murder Provisions

It is first necessary to analyze s. 213(d) in the context of the other murder provisions in the *Code* in order to determine its true nature and scope. Murder is defined as a culpable homicide committed in the circumstances set out at ss. 212 and 213 of the *Code*. There is a very interesting progression through s. 212 to s. 213 with respect to the mental state that must be proven.

The starting point is s. 212(a)(i), which provides:

L'appellant a toutefois été déclaré coupable d'une infraction à l'al. 213d) et la question constitutionnelle se limite à cette disposition. J'estime qu'une décision concernant la validité de l'al. 213d) peut se fonder sur des moyens un peu plus étroits. De plus, le procureur général du Canada a jugé bon de ne pas intervenir à l'appui de la constitutionnalité de l'al. 213d), qui est nettement menacée en l'espèce, alors qu'il serait peut-être intervenu à l'appui des al. 205(5)a) et 212c) et d'autres dispositions semblables. Je m'efforcerai ainsi de ne pas faire de déclarations qui auront pour effet de préjuger, par voie d'opinion incidente, de questions qu'il conviendrait mieux d'aborder si jamais la constitutionnalité des autres dispositions était attaquée. Je constate cependant qu'il est presque impossible de formuler, au sujet de l'al. 213d), des observations qui n'auraient aucune incidence sur la validité du reste de l'art. 213 ou qui ne traduiraient pas jusqu'à un certain point mon opinion concernant l'al. 212c). Toutefois, la validité de ces dispositions et des al. a) à c) de l'art. 213 n'est pas en cause en l'espèce et j'essayerai de limiter mes observations à l'al. 213d).

L'appellant a aussi contesté l'effet conjugué du par. 21(2) et de l'al. 213d). Compte tenu de ma décision sur la validité de l'al. 213d) et vu l'importance du par. 21(2) ainsi que l'absence du procureur général du Canada, j'estime qu'il n'est ni nécessaire ni souhaitable de se prononcer sur le par. 21(2) en l'espèce.

#### *L'analyse de l'al. 213d)*

##### L'alinéa 213d) dans le contexte des dispositions relatives au meurtre

Il faut d'abord étudier l'al. 213d) dans le contexte des autres dispositions du *Code* relatives au meurtre afin d'en déterminer la nature et la portée véritables. Le meurtre est défini comme un homicide coupable commis dans les circonstances exposées aux art. 212 et 213 du *Code*. Les articles 212 et 213 traduisent une progression très intéressante en ce qui concerne l'état d'esprit dont on doit faire la preuve.

Le point de départ est le sous-al. 212a)(i), dont voici le texte:

**212. Culpable homicide is murder**

(a) where the person who causes the death of a human being

(i) means to cause his death,

This clearly requires that the accused have actual subjective foresight of the likelihood of causing the death coupled with the intention to cause that death. This is the most morally blameworthy state of mind in our system.

There is a slight relaxation of this requirement in s. 212(a)(ii), which provides:

**212. Culpable homicide is murder**

(a) where the person who causes the death of a human being

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

Here again the accused must have actual subjective foresight of the likelihood of death. However, the Crown need no longer prove that he intended to cause the death but only that he was reckless whether death ensued or not. It should also be noted that s. 212(a)(ii) is limited to cases where the accused intended to cause bodily harm to the victim.

Section 212(c) provides:

**212. Culpable homicide is murder**

(c) where a person, for an unlawful object, does anything that he knows or ought to know is likely to cause death, and thereby causes death to a human being, notwithstanding that he desires to effect his object without causing death or bodily harm to any human being.

In part, this is simply a more general form of recklessness and thus the logical extension of s. 212(a)(ii), in that it applies when the accused "does anything that he knows . . . is likely to cause death" (emphasis added). However, there is also a further relaxation of the mental element required for murder in that it is also murder where the accused "does anything that he . . . ought to know is likely to cause death" (emphasis added). This eliminates the requirement of actual subjective

**212. L'homicide coupable est un meurtre**

a) lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain

(i) a l'intention de causer sa mort,

<sup>a</sup> Il est évident que cette disposition exige que l'accusé ait vraiment prévu subjectivement que la mort pourrait être causée, et qu'il ait eu l'intention de la causer. Sur le plan moral, c'est là l'état d'esprit le plus répréhensible dans notre système.

Il y a un léger assouplissement de cette exigence au sous-al. 212a)(ii), qui dispose:

**212. L'homicide coupable est un meurtre**

a) lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain

(ii) a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

<sup>a</sup> Là encore, l'accusé doit vraiment avoir prévu subjectivement que la mort pourrait être causée. Toutefois, le ministère public est tenu de prouver non plus qu'il avait l'intention de causer la mort, mais seulement qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Soulignons en outre que l'application du sous-al. 212a)(ii) se limite aux cas où l'accusé a eu l'intention de causer des lésions corporelles à la victime.

L'alinéa 212c) porte:

**212. L'homicide coupable est un meurtre**

<sup>a</sup> c) lorsqu'une personne, pour une fin illégale, fait quelque chose qu'elle sait, ou devrait savoir, de nature à causer la mort et, conséquemment, cause la mort d'un être humain, même si elle désire atteindre son but sans causer la mort ou une lésion corporelle à qui que ce soit.

<sup>a</sup> En partie, il s'agit là d'une forme plus générale d'insouciance et, ainsi, du prolongement logique du sous-al. 212a)(ii) en ce sens que cette disposition s'applique lorsque la personne accusée «fait quelque chose qu'elle sait [ . . . ] de nature à causer la mort» (je souligne). Il y a cependant aussi un assouplissement encore plus grand en ce qui concerne l'élément moral requis pour qu'il y ait meurtre, puisqu'une personne accusée se rend aussi coupable de ce crime lorsqu'elle «fait quelque

foresight and replaces it with objective foreseeability or negligence.

The final relaxation in the definition of murder occurs at s. 213:

**213.** Culpable homicide is murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit high treason or treason or an offence mentioned in section 52 (sabotage), 76 (piratical acts), 76.1 (hijacking an aircraft), 132 or subsection 133(1) or sections 134 to 136 (escape or rescue from prison or lawful custody), 143 or 145 (rape or attempt to commit rape), 149 or 156 (indecent assault), subsection 246(2) (resisting lawful arrest), 247 (kidnapping and forcible confinement), 302 (robbery), 306 (breaking and entering) or 389 or 390 (arson), whether or not the person means to cause death to any human being and whether or not he knows that death is likely to be caused to any human being, if

(a) he means to cause bodily harm for the purpose of

- (i) facilitating the commission of the offence, or
- (ii) facilitating his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues from the bodily harm;

(b) he administers a stupefying or overpowering thing for a purpose mentioned in paragraph (a), and the death ensues therefrom;

(c) he wilfully stops, by any means, the breath of a human being for a purpose mentioned in paragraph (a), and the death ensues therefrom; or

(d) he uses a weapon or has it upon his person

- (i) during or at the time he commits or attempts to commit the offence, or
- (ii) during or at the time of his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues as a consequence.

Under this provision, it is murder if the accused causes the victim's death while committing or attempting to commit one of the enumerated offences if he performs one of the acts in paras. (a) to (d). Proof that the accused performed one of the acts in paras. (a) to (d) is substituted for proof of any subjective foresight or even objective foreseeability of the likelihood of death.

chose qu'elle [...] devrait savoir, de nature à causer la mort» (je souligne). Cela a donc pour effet d'éliminer l'exigence de prévision subjective réelle pour la remplacer par un critère de prévisibilité objective ou de négligence.

Le dernier assouplissement apporté à la définition de meurtre se trouve à l'art. 213:

**213.** L'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une personne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre une haute trahison, une trahison ou une infraction mentionnée aux articles 52 (sabotage), 76 (actes de piraterie), 76.1 (détournement d'aéronef), 132 ou au paragraphe 133(1) ou aux articles 134 à 136 (évasion ou délivrance d'une garde légale), 143 ou 145 (viol ou tentative de viol), 149 ou 156 (attentat à la pudeur), au paragraphe 246(2) (résistance à une arrestation légale), aux articles 247 (enlèvement et séquestration), 302 (vol qualifié), 306 (introduction par effraction) ou 389 ou 390 (crime d'incendie), qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'elle sache ou non qu'il en résultera vraisemblablement la mort d'un être humain

a) si elle a l'intention de causer des lésions corporelles aux fins

- (i) de faciliter la perpétration de l'infraction, ou
- (ii) de faciliter sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort résulte des lésions corporelles;

b) si elle administre un stupéfiant ou un soporifique à une fin mentionnée à l'alinéa a) et que la mort en résulte;

c) si, volontairement, elle arrête, par quelque moyen, la respiration d'un être humain à une fin mentionnée à l'alinéa a) et que la mort en résulte; ou

d) si elle emploie une arme ou l'a sur sa personne

- (i) pendant ou alors qu'elle commet ou tente de commettre l'infraction, ou
- (ii) au cours ou au moment de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort en soit la conséquence.

Suivant cette disposition, il y a meurtre dès lors que l'accusé cause la mort de la victime pendant qu'il commet ou tente de commettre l'une des infractions énumérées, et qu'il accomplit l'un des actes visés par les al. a) à d). La preuve que l'accusé a accompli l'un des actes visés par les al. a) à d) est substituée à la preuve de la prévision subjective ou même de la prévisibilité objective que la mort pourrait être causée.

I should add that there appears to be a further relaxation of the mental state when the accused is a party to the murder through s. 21(2) of the *Code* as in this case. However, as I have said, it is sufficient to deal with s. 213(d) in order to dispose of this appeal.

#### The Historical Development of s. 213

Although the concept of felony murder has a long history at common law, a brief review of the historical development of s. 213 indicates that its legitimacy is questionable.

In the early history of English criminal law, *murdrum* or murder referred to a secret killing or the killing of a Dane or, later, a Norman by an Englishman and to the fine levied on the township where the killing occurred. By the early 14th century, the fines had been abandoned and murder had come to be the name used to describe the worst kind of homicide. The expression "malice aforethought" was subsequently adopted to distinguish murder from manslaughter, which denoted all culpable homicides other than murder. Malice aforethought was not limited to its natural and obvious sense of premeditation, but would be implied whenever the killing was intentional or reckless. In these instances, the malice was present and it is the premeditation which was implied by law.

Coke took this one step further and implied both the malice and the premeditation in cases where the death occurred in the commission of an unlawful act. He wrote in *The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (London: W. Clarke & Sons, 1817), at p. 56:

*Unlawfull.* If the act be unlawful it is murder. As if A. meaning to steale a deere in the park of B, shooteth at the deer, and by the glance of the arrow killeth a boy that is hidden in a bush: this is murder, for that the act was unlawfull, although A. had no intent to hurt the boy, nor knew not of him. But if B. the owner of the park had shot at his own deer, and without any ill intent

Je tiens à ajouter qu'il semble y avoir un assouplissement encore plus grand de l'état d'esprit requis lorsque l'accusé est partie au meurtre en vertu du par. 21(2) du *Code*, comme c'est le cas en l'espèce. Toutefois, comme je l'ai dit, il suffit de traiter de l'al. 213d) pour statuer sur le présent pourvoi.

#### L'évolution historique de l'art. 213

Quoique la notion de l'homicide concomitant d'une infraction majeure (*felony*) existe depuis longtemps en *common law*, un bref examen de l'évolution historique de l'art. 213 soulève des doutes sur la légitimité de cette notion.

À l'origine du droit criminel anglais, le terme *murdrum* ou meurtre désignait un homicide secret ou l'homicide perpétré par un Anglais contre un Danois ou, plus tard, un Normand, et l'amende imposée au township où l'homicide avait été commis. Dès le commencement du XIV<sup>e</sup> siècle, on avait abandonné les amendes et le meurtre était devenu le terme employé pour décrire les pires formes d'homicide. On a par la suite adopté l'expression «*malice aforethought*» (malice intentionnelle) pour distinguer le meurtre de l'homicide involontaire coupable qui englobait tous les homicides coupables autres que le meurtre. La malice intentionnelle ne se limitait pas à son sens littéral et manifeste de préméditation, mais on concluait à son existence chaque fois que l'homicide était commis de propos délibéré ou avec insouciance. Dans ces cas, il y avait malice et c'était la préméditation qui était présumée par la loi.

Coke est allé encore plus loin et a supposé qu'il y avait à la fois malice et préméditation dans les cas où la mort était causée au cours de la perpétration d'un acte illégal. Voici ce qu'il a écrit dans *The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (London: W. Clarke & Sons, 1817), à la p. 56:

[TRADUCTION] *Illégal* — Si l'acte est illégal, il y a meurtre. Par exemple, si A, dans l'intention de voler un cerf dans le parc de B, tire sur le cerf et que la flèche, faisant ricochet, tue un garçon caché dans un arbrisseau, il s'agit d'un meurtre car l'acte était illégal, même si A ne voulait aucun mal au garçon et ignorait sa présence. Mais si B, le propriétaire du parc, avait tiré sur son

had killed the boy by the glance of his arrow, this had been homicide by misadventure, and no felony.

So if one shoot at any wild fowle upon a tree, and the arrow killeth any reasonable creature afar off, without any evill intent in him, this is *per infortunium*: for it was not unlawful to shoot at the wilde fowle: but if he had shot at a cock or hen, or any tame fowle of another mans, and the arrow by mischance had killed a man, this had been murder, for the act was unlawfull.

Coke's statement of the unlawful act murder rule has been much criticized. Stephen demonstrated that Coke's statement was not supported by the authorities cited (*A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 3, at pp. 57-58). Further, a recent author has suggested that Coke's statement was just "a slip of the quill" and that Coke intended to say that accidental killing by an unlawful act was manslaughter (see D. Lanham, "Felony Murder—Ancient and Modern" (1983), 7 *Crim. L.J.* 90, at pp. 92-94). Other 17th century writers (Dalton, *Countrey Justice* (1619), at pp. 225-26, and Hale, *History of the Pleas of the Crown* (1736), vol. 1, at p. 475) and cases (*Sir John Chichester's Case* (1647), Aleyn 12, 82 E.R. 888, and *Hull's Case* (1664), Kelyng, J. 40) rejected the unlawful act murder rule as set out by Coke. Despite all of this, Coke's doctrine seems to have been accepted by the writers and the cases in the 18th century, and their only contribution was to limit it to killings in the course of felonies (see *R. v. Plummer* (1702), Kelyng, J. 109, 84 E.R. 1103, at p. 1107; Hawkins, *Pleas of the Crown* (1716), vol. 1, ch. 29, s. 11; *R. v. Woodburne and Coke* (1722), 16 St. Tr. 53; Foster, *Crown Law* (1762), at p. 258; East, *Pleas of the Crown* (1803), vol. 1, at p. 255). Of course, at that time, both the underlying felony and the murder were punishable by death, so the definition of a homicide in the course of a felony as a murder had little practical effect.

propre cerf et, sans mauvaise intention, avait tué le garçon par le ricochet de sa flèche, il se serait agi d'un homicide accidentel et non d'une infraction majeure.

De même, si, sans mauvaise intention, on tire sur du gibier à plumes dans un arbre et que la flèche tue un être humain qui se trouve plus loin, il s'agit d'un homicide *per infortunium*, car il n'était pas illégal de tirer sur le gibier; mais si la même personne avait tiré sur un coq ou une poule ou sur tout autre oiseau domestique appartenant à autrui, et que la flèche eût par malheur tué un homme, il se serait agi d'un meurtre car l'acte était illégal.

La règle de l'homicide concomitant d'un acte illégal énoncée par Coke a été beaucoup critiquée. Stephen a démontré que l'affirmation de Coke n'était pas appuyée par la jurisprudence citée (*A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 3, aux pp. 57 et 58). De plus, un auteur a laissé entendre dernièrement que la déclaration de Coke n'était qu'un «lapsus» et que Coke avait voulu dire que l'homicide accidentel résultant d'un acte illégal était un homicide involontaire coupable (voir D. Lanham, «Felony Murder—Ancient and Modern» (1983), 7 *Crim. L.J.* 90, aux pp. 92 à 94). D'autres auteurs (Dalton, *Countrey Justice* (1619), aux pp. 225 et 226, et Hale, *History of the Pleas of the Crown* (1736), vol. 1, à la p. 475) et décisions du XVII<sup>e</sup> siècle (*Sir John Chichester's Case* (1647), Aleyn 12, 82 E.R. 888, et *Hull's Case* (1664), Kelyng, J. 40) ont écarté la règle de l'homicide concomitant d'un acte illégal formulée par Coke. Malgré tout cela, le principe de Coke semble avoir été retenu par la doctrine et la jurisprudence du XVIII<sup>e</sup> siècle qui n'ont fait que limiter son application aux homicides commis au cours de la perpétration d'infractions majeures (voir *R. v. Plummer* (1702), Kelyng, J. 109, 84 E.R. 1103, à la p. 1107; Hawkins, *Pleas of the Crown* (1716), vol. 1, chap. 29, art. 11; *R. v. Woodburne and Coke* (1722), 16 St. Tr. 53; Foster, *Crown Law* (1762), à la p. 258; East, *Pleas of the Crown* (1803), vol. 1, à la p. 255). Bien entendu, à cette époque, l'infraction majeure sous-jacente et le meurtre entraînaient tous les deux la peine capitale, de sorte qu'il importait peu sur le plan pratique que l'homicide commis au cours de la perpétration d'une infraction majeure soit défini comme un meurtre.



In the 19th century, the felony murder rule was accepted as part of the common law (see *Stephen's Digest of the Criminal Law* (9th ed. 1950), art. 264(c)). However, the rule was strongly criticized by Stephen, who labelled it "cruel" and "monstrous" (*A History of the Criminal Law of England, supra*, at p. 75).

Despite the rule's questionable origins and the subsequent criticisms, s. 175 of the English Draft Code of 1879 included a restricted form of felony murder which was subsequently adopted in the first Canadian *Criminal Code* in 1892. Through subsequent amendments, this provision has been widened and it is now s. 213. It is more restricted than the common law rule in that it is limited to deaths occurring in the commission of certain enumerated offences and it requires that the accused have committed one of the acts set out in paras. (a) to (d).

Section 213 and its predecessors in the *Code* have long been subject to academic criticism (see J. Willis, "Case and Comment" (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 784, at pp. 794-96; J. Ll. J. Edwards, "Constructive Murder in Canadian and English Law" (1961), 3 *Crim. L.Q.* 481, at pp. 506-9; A. Hooper, "Some Anomalies and Developments in the Law of Homicide" (1967), 3 *U.B.C. L. Rev.* 55, at pp. 75-77; P. Burns and R. S. Reid, "From Felony Murder to Accomplice Felony Attempted Murder: The Rake's Progress Compleat?" (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 75, at pp. 103-5; G. Parker, *An Introduction to Criminal Law* (1977), at pp. 145-48; D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (1982), at pp. 222-25; I. Grant and A. W. MacKay, "Constructive Murder and the Charter: In Search of Principle" (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129; cf. A. W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 545). It has also been subject to judicial criticism. In *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124, Dickson J., as he then was, wrote that s. 213 seemed harsh (p. 130). In *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, dealing with the *mens rea* of attempted murder, McIntyre J. wrote at pp. 250-51:

Au XIX<sup>e</sup> siècle, la règle de l'homicide concomitant d'une infraction majeure était acceptée comme faisant partie intégrante de la *common law* (voir *Stephen's Digest of the Criminal Law* (9th ed. 1950), art. 264c)). La règle a toutefois été sévèrement critiquée par Stephen, qui l'a qualifiée de «cruelle» et «monstrueuse» (*A History of the Criminal Law of England, précité*, à la p. 75).

En dépit des origines douteuses de la règle et des critiques qui ont suivi, l'art. 175 de l'English Draft Code de 1879 comprenait une forme limitée d'homicide concomitant d'une infraction majeure qui a été reprise, par la suite, dans le premier *Code criminel* canadien en 1892. Des modifications ultérieures ont élargi la portée de cette disposition qui constitue aujourd'hui l'art. 213. La portée de cet article est plus restreinte que celle de la règle de *common law*, en ce sens qu'il vise uniquement les décès causés lors de la perpétration de certaines infractions énumérées et qu'il exige que l'accusé ait commis l'un des actes mentionnés aux al. a) à d).

L'article 213 et les dispositions du *Code* qui l'ont précédé font depuis longtemps l'objet de critiques de la part des auteurs de doctrine (voir J. Willis, «Case and Comment» (1951), 29 *R. du B. can.* 784, aux pp. 794 à 796; J. Ll. J. Edwards, «Constructive Murder in Canadian and English Law» (1961), 3 *Crim. L.Q.* 481, aux pp. 506 à 509; A. Hooper, «Some Anomalies and Developments in the Law of Homicide» (1967), 3 *U.B.C. L. Rev.* 55, aux pp. 75 à 77; P. Burns et R. S. Reid, «From Felony Murder to Accomplice Felony Attempted Murder: The Rake's Progress Compleat?» (1977), 55 *R. du B. can.* 75, aux pp. 103 à 105; G. Parker, *An Introduction to Criminal Law* (1977), aux pp. 145 à 148; D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (1982), aux pp. 222 à 225; I. Grant et A. W. MacKay, «Constructive Murder and the Charter: In Search of Principle» (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129; cf. A. W. Mewett et M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), à la p. 545). Les tribunaux l'ont également critiqué. Dans l'arrêt *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124, le juge Dickson, alors juge puîné, a écrit que l'art. 213 semblait cruel (p. 130). Dans l'arrêt *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, portant sur la *mens rea* en matière de tentative de meurtre, le juge McIntyre écrit, aux pp. 250 et 251:

It was argued, and it has been suggested in some of the cases and academic writings on the question, that it is illogical to insist upon a higher degree of *mens rea* for attempted murder, while accepting a lower degree amounting to recklessness for murder. I see no merit in this argument. The intent to kill is the highest intent in murder and there is no reason in logic why an attempt to murder, aimed at the completion of the full crime of murder, should have any lesser intent. If there is any illogic in this matter, it is in the statutory characterization of unintentional killing as murder. [Emphasis added.]

Finally, the Law Reform Commission of Canada criticized s. 213 in *Homicide* (1984), Working Paper 33, at pp. 47-51, and excluded the notion of constructive murder from its Draft Criminal Code (*Recodifying Criminal Law* (1986), Report 30, cl. 6(3), at p. 54).

#### Felony Murder in Other Jurisdictions

Felony murder is a peculiarly common law concept which appears to be unknown outside a small circle of common law jurisdictions, and it has not fared well in those jurisdictions. In the United Kingdom, where the rule originated, it was abolished by the *Homicide Act*, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 11 (U.K.) The rule is still quite widespread in the United States, though it is said to be in decline (R. M. Perkins and R. N. Boyce, *Criminal Law* (3rd ed. 1982), at p. 70). The rule has been abolished by statute or by the courts in several jurisdictions (see *People v. Aaron*, 299 N.W.2d 304 (Mich. 1980), *State v. Doucette*, 470 A.2d 676 (Vt. 1983)), and it has been downgraded to manslaughter in others. In addition, the courts and the legislatures have limited the scope of the common law rule by limiting the felonies to which it is applicable, requiring some degree of *mens rea* with respect to the death, establishing affirmative defences or limiting the punishments available. The rule also exists in New Zealand and certain Australian states but it is narrower and abolition has been recommended in some jurisdictions.

On a prétendu, et on a laissé entendre dans certains arrêts et ouvrages sur la question, qu'il est illogique d'exiger une *mens rea* d'un degré plus élevé dans le cas d'une tentative de meurtre alors qu'on accepte une *mens rea* d'un degré moindre équivalant à l'insouciance dans le cas d'un meurtre. À mon avis, cet argument n'est pas fondé. L'intention de tuer est l'intention la plus grave en matière de meurtre et il n'y a aucune raison logique pour laquelle une tentative de meurtre, qui vise la réalisation du crime complet de meurtre, devrait comporter une intention moindre. Tout illogisme dans la présente affaire réside dans le fait que le Code qualifie de meurtre l'homicide involontaire. [Je souligne.]

Finalement, la Commission de réforme du droit du Canada a critiqué l'art. 213 dans le document de travail 33 intitulé *L'homicide* (1984), aux pp. 53 à 57, et a écarté la notion de meurtre par imputation de son projet de code pénal (*Pour une nouvelle codification du droit pénal* (1986), rapport 30, par. 6(3), à la p. 62).

#### Les autres ressorts et l'homicide concomitant d'une infraction majeure

L'homicide concomitant d'une infraction majeure est un concept propre à la *common law* qui paraît inconnu à l'extérieur d'un petit nombre de ressorts de *common law* et, même dans ces ressorts-là, il n'a pas été très bien reçu. Au Royaume-Uni, son pays d'origine, la règle a été abolie par l'*Homicide Act*, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, chap. 11 (R.-U.) Quoiqu'elle soit encore assez répandue aux États-Unis, on dit que cette règle est sur son déclin (R. M. Perkins et R. N. Boyce, *Criminal Law* (3rd ed. 1982), à la p. 70). Dans plusieurs États, la règle a été abolie soit par le législateur soit par les tribunaux (voir *People v. Aaron*, 299 N.W.2d 304 (Mich. 1980), *State v. Doucette*, 470 A.2d 676 (Vt. 1983)), et dans d'autres, le meurtre a été réduit à l'homicide involontaire coupable. De plus, les tribunaux et les législateurs ont restreint la portée de la règle de *common law* en limitant les infractions majeures auxquelles elle s'applique, en exigeant qu'il y ait un certain degré de *mens rea* relativement à la mort causée, en établissant des moyens de défense positifs ou en limitant les peines pouvant être imposées. La règle existe également en Nouvelle-Zélande et dans certains États de l'Australie, mais sa portée est plus restreinte et son abolition a été recommandée dans certains ressorts.

*Section 213(d) and the Charter*

This appeal calls into play two principles of fundamental justice.

The First Principle: The Essential Elements of Certain Crimes and s. 7 of the Charter

Prior to the enactment of the *Charter*, Parliament had full legislative power with respect to "The Criminal Law" (*Constitution Act, 1867*, s. 91(27)), including the determination of the essential elements of any given crime. It could prohibit any act and impose any penal consequences for infringing the prohibition, provided only that the prohibition served "a public purpose which can support it as being in relation to criminal law" (*Reference re Validity of s. 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, at p. 50; appeal to the Privy Council dismissed, [1951] A.C. 179). Once the legislation was found to have met this test, the courts had very little power to review the substance of the legislation. For example, in *R. v. Corporation of the City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, Dickson J., as he then was, held that, when an offence was criminal in the true sense, there was a presumption that the prosecution must prove the *mens rea*. However, it was always open to Parliament expressly to relieve the prosecution of its obligation to prove any part of the *mens rea*, as it is said to have done in s. 213 of the *Code* with respect to the foreseeability of the death of the victim. It is thus clear that, prior to the enactment of the *Charter*, the validity of s. 213 could not have been successfully challenged.

However, federal and provincial legislatures have chosen to restrict through the *Charter* this power with respect to criminal law. Under section 7, if a conviction, given either the stigma attached to the offence or the available penalties, will result in a deprivation of the life, liberty or security of the person of the accused, then Parliament must respect the principles of fundamental justice. It

*a L'alinéa 213d) et la Charte*

Le présent pourvoi fait intervenir deux principes de justice fondamentale.

b Le premier principe: les éléments essentiels de certains crimes et l'art. 7 de la Charte

Avant l'adoption de la *Charte*, le Parlement avait pleins pouvoirs législatifs en matière de «droit criminel» (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(27)), y compris en ce qui concerne la détermination des éléments essentiels d'un crime donné. Il pouvait interdire tout acte et imposer n'importe quelle sanction pour la violation de l'interdiction, à la condition seulement que cette dernière ait été établie dans [TRADUCTION] «un but de nature publique qui permettrait de la rattacher au droit pénal» (*Reference re Validity of s. 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, à la p. 50; pourvoi devant le Conseil privé rejeté, [1951] A.C. 179). Du moment qu'ils concluaient qu'une loi satisfaisait à ce critère, les tribunaux n'avaient qu'un pouvoir très restreint d'examiner le contenu de cette loi. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, le juge Dickson, alors juge puîné, a conclu que, lorsqu'une infraction est criminelle au sens véritable, il y a une présomption que la poursuite doit prouver la *mens rea*. Cependant, il était toujours loisible au législateur de dégager expressément la poursuite de son obligation d'établir l'existence d'un élément de la *mens rea*, comme on dit qu'il l'a fait à l'art. 213 du *Code* relativement à la prévisibilité de la mort de la victime. Il est donc évident qu'avant l'adoption de la *Charte*, on n'aurait pu contester avec succès la validité de l'art. 213 du *Code*.

Toutefois, les législateurs fédéral et provinciaux ont choisi de limiter, au moyen de la *Charte*, ce pouvoir en matière de droit criminel. Suivant l'art. 7, si une déclaration de culpabilité, en raison soit des stigmates qui se rattachent à l'infraction soit des peines qui peuvent être imposées, porte atteinte au droit de l'accusé à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne, le législateur doit alors

has been argued that the principles of fundamental justice in s. 7 are only procedural guarantees. However, in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, this Court rejected that argument and used s. 7 to review the substance of the legislation. As a result, while Parliament retains the power to define the elements of a crime, the courts now have the jurisdiction and, more important, the duty, when called upon to do so, to review that definition to ensure that it is in accordance with the principles of fundamental justice.

This Court's decision in *Re B.C. Motor Vehicle Act* stands for the proposition that absolute liability infringes the principles of fundamental justice, such that the combination of absolute liability and a deprivation of life, liberty or security of the person is a restriction on one's rights under s. 7 and is *prima facie* a violation thereof. 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. In *Sault Ste. Marie*, Dickson J. stated at pp. 1309-10:

Where the offence is criminal, the Crown must establish a mental element, namely, that the accused who committed the prohibited act did so intentionally or reckless-

respecter les principes de justice fondamentale. On a soutenu que les principes de justice fondamentale visés par l'art. 7 ne sont que des garanties en matière de procédure. Toutefois, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, la Cour a rejeté cet argument et s'est servie de l'art. 7 pour examiner le contenu de la loi en cause. Par conséquent, quoique le législateur conserve la faculté de définir les éléments d'un crime, les tribunaux ont maintenant le pouvoir et, qui plus est, le devoir, quand on leur en fait la demande, d'examiner cette définition afin de s'assurer qu'elle est conforme aux principes de justice fondamentale.

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, la Cour établit que la responsabilité absolue viole les principes de justice fondamentale, de sorte que la combinaison de la responsabilité absolue et de l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne a pour effet de restreindre les droits conférés par l'art. 7 et viole donc à première vue cet article. 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. Dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, le juge Dickson affirme, aux pp. 1309 et 1310:

Dans le cas d'une infraction criminelle, le ministère public doit établir un élément moral, savoir, que l'accusé qui a commis l'acte prohibé l'a fait intentionnellement

ly, with knowledge of the facts constituting the offence, or with wilful blindness toward them. Mere negligence is excluded from the concept of the mental element required for conviction. Within the context of a criminal prosecution a person who fails to make such enquiries as a reasonable and prudent person would make, or who fails to know facts he should have known, is innocent in the eyes of the law.

It may well be that, as a general rule, the principles of fundamental justice require proof of a subjective *mens rea* with respect to the prohibited act, in order to avoid punishing the "morally innocent". It must be remembered, however, that Dickson J. was dealing with the *mens rea* to be presumed in the absence of an express legislative disposition, and not the *mens rea* to be required in all legislation providing for a restriction on the accused's life, liberty or security of the person. In any event, this case involves criminal liability for the result of an intentional criminal act, and it is arguable that different considerations should apply to the mental element required with respect to that result. There are many provisions in the *Code* requiring only objective foreseeability of the result or even only a causal link between the act and the result. As I would prefer not to cast doubt on the validity of such provisions in this case, I will assume, but only for the purposes of this appeal, that something less than subjective foresight of the result may, sometimes, suffice for the imposition of criminal liability for causing that result through intentional criminal conduct.

But, whatever the minimum *mens rea* for the act or the result may be, there are, though very few in number, certain crimes where, because of the special nature of the stigma attached to a conviction therefor or the available penalties, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime. Such is theft, where, in my view, a conviction requires proof of some dishonesty. Murder is another such offence. The punishment for murder is the most severe in our society and the stigma

ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager. L'élément moral exigé pour qu'il y ait condamnation exclut la simple négligence.

<sup>a</sup> Dans le contexte d'une poursuite criminelle, est innocente aux yeux de la loi la personne qui néglige de demander les renseignements dont s'enquerrait quelqu'un de raisonnable et de prudent ou qui ne connaît pas des faits qu'elle devrait connaître.

<sup>b</sup> Il se peut bien qu'en règle générale les principes de justice fondamentale exigent la preuve d'une *mens rea* subjective à l'égard de l'acte prohibé, afin d'éviter de punir «celui qui est moralement innocent». Il faut toutefois se rappeler que le juge <sup>c</sup> Dickson traitait alors de la *mens rea* dont il faut présumer l'existence en l'absence d'une disposition législative expresse et non pas de la *mens rea* qu'il faut exiger dans tout texte législatif imposant une <sup>d</sup> restriction à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne de l'accusé. Quoi qu'il en soit, dans la présente affaire il est question d'une responsabilité criminelle pour le résultat d'un acte criminel intentionnel et on peut faire valoir que des considérations différentes devraient s'appliquer à l'élément <sup>e</sup> moral requis en ce qui concerne ce résultat. De nombreuses dispositions du *Code* n'exigent que la prévisibilité objective du résultat ou même seulement l'existence d'un lien de causalité entre l'acte <sup>f</sup> et le résultat. Comme je préférerais en l'espèce éviter de mettre en doute la validité de telles dispositions, je vais présumer, mais pour les fins du présent pourvoi seulement, qu'en général un état d'esprit moindre que la prévision subjective du <sup>g</sup> résultat peut parfois suffire pour entraîner la responsabilité criminelle de celui qui a provoqué ce résultat au moyen d'une conduite criminelle intentionnelle.

<sup>h</sup> Cependant, quelle que soit la *mens rea* minimale requise pour l'acte ou le résultat, il existe, quoiqu'ils soient très peu nombreux, des crimes pour lesquels, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou des peines qui peuvent être imposées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question. <sup>i</sup> Tel est le cas du vol dont, selon moi, on ne peut être déclaré coupable que s'il y a preuve d'une

that attaches to a conviction for murder is similarly extreme. In addition, murder is distinguished from manslaughter only by the mental element with respect to the death. It is thus clear that there must be some special mental element with respect to the death before a culpable homicide can be treated as a murder. That special mental element gives rise to the moral blameworthiness which justifies the stigma and sentence attached to a murder conviction. I am presently of the view that it is a principle of fundamental justice that a conviction for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight. Given the effect of this view on part of s. 212(c), for the reasons I have already given for deciding this case more narrowly, I need not and will not rest my finding that s. 213(d) violates the *Charter* on this view, because s. 213(d) does not, for reasons I will set out hereinafter, even meet the lower threshold test of objective foreseeability. I will therefore, for the sole purpose of this appeal, go no further than say that it is a principle of fundamental justice that, absent proof beyond a reasonable doubt of at least objective foreseeability, there surely cannot be a murder conviction.

The Second Principle: s. 11(d) and the Burden of Persuasion

The presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter* requires at least that an accused be presumed innocent until his guilt has been proven beyond a reasonable doubt: *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 357; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 120-21. This means that, before an accused can be convicted of an offence, the trier of fact must be satisfied beyond reasonable doubt of the existence of all of the essential elements of the offence. These essential elements include not only those set out by the legislature in the provision creating the offence but

certain malhonnêteté. Le meurtre en est un autre exemple. La peine imposée pour le meurtre est la plus sévère que l'on trouve dans notre société et les stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de meurtre sont tout aussi extrêmes. En outre, le meurtre ne se distingue de l'homicide involontaire coupable que par l'élément moral concernant la mort. Il est ainsi évident qu'il doit exister quelque élément moral spécial concernant la mort pour qu'un homicide coupable puisse être considéré comme un meurtre. Cet élément moral spécial engendre la réprobation morale qui justifie les stigmates et la sentence liés à une déclaration de culpabilité de meurtre. Je suis présentement d'avis qu'en vertu d'un principe de justice fondamentale la déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévision subjective. Compte tenu de l'effet de ce point de vue sur une partie de l'al. 212c), pour les raisons que j'ai déjà données pour trancher cette affaire de façon plus étroite, il ne m'est pas nécessaire, et je m'abstiendrai de le faire, de fonder sur ce point de vue ma conclusion que l'al. 213d) viole la *Charte*, puisque l'al. 213d), pour les motifs énoncés ci-après, ne satisfait même pas au critère moindre de la prévisibilité objective. Par conséquent, je me contenterai de dire, pour les seules fins du présent pourvoi, que c'est un principe de justice fondamentale qu'en l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins une prévisibilité objective, il ne peut sûrement pas y avoir de déclaration de culpabilité de meurtre.

Le second principe: l'al. 11d) et la charge de persuasion

La présomption d'innocence de l'al. 11d) de la *Charte* exige au moins que l'accusé soit présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie hors de tout doute raisonnable: *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 357, *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 120 et 121. Cela signifie que, pour qu'un accusé soit déclaré coupable d'une infraction, le juge des faits doit être convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de tous les éléments essentiels de l'infraction. Ces éléments essentiels comprennent non seulement ceux énoncés par le législateur dans la

also those required by s. 7 of the *Charter*. Any provision creating an offence which allows for the conviction of an accused notwithstanding the existence of a reasonable doubt on any essential element infringes ss. 7 and 11(d).

Clearly, this will occur where the provision requires the accused to disprove on a balance of probabilities an essential element of the offence by requiring that he raise more than just a reasonable doubt. It is for this reason that this Court struck down the reverse onus provision in s. 8 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, in *Oakes*, *supra*.

Sections 7 and 11(d) will also be infringed where the statutory definition of the offence does not include an element which is required under s. 7. As Dickson C.J. wrote for the majority of the Court in *Oakes*, *supra*, 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. [Emphasis added.]

It is clear from this passage that what offends the presumption of innocence is the fact that an accused may be convicted despite the existence of a reasonable doubt on an essential element of the offence, and I do not think that it matters whether this results from the existence of a reverse onus provision or from the elimination of the need to prove an essential element. With respect, the Nova Scotia Court of Appeal was thus clearly incorrect when it stated in *R. v. Bezanson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 493, at p. 508:

disposition qui crée l'infraction, mais également ceux requis par l'art. 7 de la *Charte*. Toute disposition créant une infraction qui permet de déclarer un accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d).

Manifestement, c'est le cas d'une disposition qui exige que l'accusé démontre, selon la prépondérance des probabilités, l'inexistence d'un élément essentiel de l'infraction en l'obligeant à soulever plus qu'un simple doute raisonnable. C'est pour ce motif que, dans l'arrêt *Oakes*, précité, la Cour a annulé la disposition portant inversion de la charge de la preuve, contenue à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1.

Il y a aussi atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) lorsque la définition légale de l'infraction n'inclut pas un élément requis en vertu de l'art. 7. Comme l'affirme le juge en chef Dickson, au nom de la Cour à la majorité, dans l'arrêt *Oakes*, précité, 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. [Je souligne.]

Il ressort clairement de ce passage que ce qui contrevient à la présomption d'innocence, c'est le fait qu'un accusé peut être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel de l'infraction, et je ne crois pas qu'il importe que cela résulte de l'existence d'une disposition portant inversion de la charge de la preuve ou de l'élimination de la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel. Malgré tout le respect que je lui dois, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse était donc nettement dans l'erreur lorsqu'elle a déclaré ce qui suit dans l'arrêt *R. v. Bezanson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 493, à la p. 508:

In my view, there was no attempt by Parliament to reverse the onus of proof under s. 213, and s. 11(d) of the Charter has no application. Parliament has not reversed the burden of proof, it has simply omitted what the appellant argues is an essential element from the definition of the offence so that no evidence is required at all on that issue.

The omission of an essential element does bring s. 11(d) into play.

Finally, the legislature, rather than simply eliminating any need to prove the essential element, may substitute proof of a different element. In my view, this will be constitutionally valid only if upon proof beyond reasonable doubt of the substituted element it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond reasonable doubt of the existence of the essential element. If the trier of fact may have a reasonable doubt as to the essential element notwithstanding proof beyond a reasonable doubt of the substituted element, then the substitution infringes ss. 7 and 11(d).

Given the first principle I have enunciated earlier and my assumption for the sole purpose of disposing of this appeal with respect to objective foreseeability, an accused cannot be found guilty of murder absent proof beyond a reasonable doubt of that element, and a murder provision which allows a conviction in the absence of proof beyond reasonable doubt of at least that essential element infringes ss. 7 and 11(d).

#### Application of the Principles to s. 213

The *mens rea* required for s. 213 consists of the *mens rea* for the underlying offence and the intent to commit one of the acts set forth in paras. (a) to (d) (*Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956). Section 213 does not impose on the accused the burden of disproving objective foreseeability. Further, it does not completely exclude the need to prove any objective foreseeability. Rather, s. 213 has substituted for proof beyond a reasonable doubt of objective foreseeability, if that is the essential element, proof beyond a reasonable doubt

[TRANSDUCTION] À mon avis, le législateur n'a pas tenté d'inverser la charge de la preuve à l'art. 213, et l'al. 11d) de la Charte ne s'applique pas. Le législateur n'a pas inversé la charge de la preuve, il a simplement omis d'inclure ce qui, selon l'appelante, constitue un élément essentiel dans la définition de l'infraction de sorte qu'aucune preuve n'a à être soumise à ce sujet.

L'omission d'un élément essentiel fait entrer en jeu l'al. 11d).

Enfin, au lieu d'éliminer simplement la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel, le législateur peut remplacer cela par la preuve d'un élément différent. À mon sens, cela ne sera constitutionnel que si après que l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément ainsi substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. Si le juge des faits peut avoir un doute raisonnable quant à l'élément essentiel malgré la preuve hors de tout doute raisonnable qui a été faite de l'existence de l'élément substitué, alors la substitution contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d).

Compte tenu du premier principe que j'ai déjà énoncé et de l'hypothèse que j'ai formulée, pour les seules fins de trancher le présent pourvoi, quant à la prévisibilité objective, un accusé ne peut être déclaré coupable de meurtre en l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable de cet élément, et une disposition relative au meurtre qui permet de déclarer une personne coupable en l'absence de la preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins cet élément essentiel contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d).

#### Application des principes à l'art. 213

La *mens rea* requise dans le cas de l'art. 213 est celle requise pour l'infraction sous-jacente et l'intention de commettre l'un des actes énoncés aux al. a) à d) (*Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956). L'article 213 n'impose pas à l'accusé la charge de prouver l'inexistence de la prévisibilité objective. En outre, il n'exclut pas complètement la nécessité de faire la preuve d'une prévisibilité objective. Plutôt, l'art. 213 a substitué à la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévisibilité objective, à supposer que ce soit là l'élément essen-



of certain forms of intentional dangerous conduct causing death.

The question is, therefore, can Parliament make this substitution without violating ss. 7 and 11(d)? As I have discussed earlier, if Parliament frames the section so that, upon proof of the conduct, it would be unreasonable for a jury not to conclude beyond a reasonable doubt that the accused ought to have known that death was likely to ensue, then I think that Parliament has enacted a crime which is tantamount to one which has objective foreseeability as an essential element, and, if objective foreseeability is sufficient, then it would not be in violation of s. 7 or s. 11(d) in doing so in that way. The acid test of the constitutionality of s. 213 is this ultimate question: Would it be possible for a conviction for murder to occur under s. 213 despite the jury having a reasonable doubt as to whether the accused ought to have known that death was likely to ensue? If the answer is yes, then the section is *prima facie* in violation of ss. 7 and 11(d). I should add in passing that if the answer is no, then it would be necessary to decide whether objective foreseeability is sufficient for a murder conviction. However, because in my view the answer is yes and because I do not want to pass upon the constitutionality of s. 212(c) in this case, I will not address that issue.

To varying degrees it can be said that in almost any case a jury satisfied beyond a reasonable doubt that an accused has done one of the prohibited acts described in paras. (a) to (d) will be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused ought to have known that death was likely to be caused. But not always. Indeed, as a first example, drunkenness would under certain circumstances leave the jury in doubt in that regard. The rule as regards the effect of drunkenness on objective foreseeability was unanimously laid down by this Court in *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469, a murder prosecution under s. 212(c). This Court addressed the issue at some length and then summarized its conclusion as follows, *per* Lamer J. at pp. 500-501:

tiel, la preuve hors de tout doute raisonnable de certains types de conduite intentionnelle dangereuse causant la mort.

La question qui se pose est donc de savoir si le législateur peut effectuer cette substitution sans violer l'art. 7 et l'al. 11d). Comme je l'ai dit antérieurement, si le législateur formule la disposition de manière que, une fois établie l'existence de la conduite, il serait déraisonnable que le jury ne conclue pas hors de tout doute raisonnable que l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre, alors j'estime qu'il crée un crime dont la prévisibilité objective constitue un élément essentiel et, si cette prévisibilité objective est suffisante, alors il ne viole pas l'art. 7 ni l'al. 11d) en le faisant de cette manière. L'épreuve décisive de la constitutionnalité de l'art. 213 réside dans cette question ultime: Une déclaration de culpabilité de meurtre aux termes de l'art. 213 pourrait-elle être prononcée même si le jury avait un doute raisonnable pour ce qui est de déterminer si l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre? Si la réponse est oui, alors la disposition viole à première vue l'art. 7 et l'al. 11d). J'ajouterais en passant que si la réponse est non, alors il serait nécessaire de déterminer si la prévisibilité objective est suffisante pour déclarer quelqu'un coupable de meurtre. Toutefois, parce que j'estime que la réponse est oui et parce que je ne veux pas examiner la constitutionnalité de l'al. 212c) en l'espèce, je n'aborderai pas cette question.

On peut dire que, dans presque tous les cas, le jury convaincu hors de tout doute raisonnable qu'un accusé a accompli l'un des actes décrits aux al. a) à d) sera convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre. Mais cela ne vaut pas pour tous les cas. En fait, comme premier exemple, l'ivresse aurait pour effet, dans certaines circonstances, de laisser planer un doute dans l'esprit du jury à cet égard. La règle applicable quant à l'effet de l'ivresse sur la prévisibilité objective a été énoncée par la Cour à l'unanimité dans *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469, une affaire de poursuite pour meurtre intentée en vertu de l'al. 212c). La Cour a examiné cette question assez longuement pour ensuite résumer ainsi sa conclusion (le juge Lamer, aux pp. 500 et 501):

(5) Whilst the test under 212(c) is objective and the behaviour of the accused is to be measured by that of the reasonable man, such a test must nevertheless be applied having regard, not to the knowledge a reasonable man would have had of the surrounding circumstances that allegedly made the accused's conduct dangerous to life, but to the knowledge the accused had of those circumstances;

(6) As a result, drunkenness, though not relevant in the determination of what a reasonable man, with the knowledge the accused had of those circumstances, would have anticipated, is relevant in the determination of the knowledge which the accused had of those circumstances.

It is clear to me that under s. 213 as drafted there will be cases where the effect of drunkenness on an accused's knowledge of the circumstances would leave a jury with a reasonable doubt as to whether the accused ought to have known of the likelihood of death ensuing, even though it has been proven beyond a reasonable doubt that the accused actually did one of the acts described under paras. (a) to (d).

A second example, and this case amply illustrates the point, is the accused who is brought into s. 213 not as a principal but through the operation of s. 21(2) of the *Criminal Code*. In *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638, this Court had the opportunity to consider the combined operation of ss. 21(2) and 213 (s. 202 at the time). Cartwright C.J., delivering the judgment of the Court, stated at pp. 645-46.

At the risk of repetition, it is my opinion that on the true construction of s. 202 and s. 21(2) as applied to the circumstances of this case it was necessary to support a verdict of guilty against the respondent that the Crown should establish (i) that it was in fact a probable consequence of the prosecution of the common purpose of the respondent and Frank to rob Mrs. Vollet that Frank for the purpose of facilitating the commission of the robbery would intentionally cause bodily harm to Mrs. Vollet, (ii) that it was known or ought to have been known to the respondent that such consequence was probable and (iii) that in fact Mrs. Vollet's death ensued from the bodily harm. It was not necessary for the Crown to establish that the respondent knew or ought to have known that it was probable that Mrs. Vollet's death would ensue. [Emphasis added.]

(5) Bien que le critère applicable à l'al. 212c) soit objectif et que le comportement de l'accusé doive être apprécié par rapport à celui d'une personne raisonnable, il faut toutefois appliquer ce critère en tenant compte, non pas de la connaissance qu'une personne raisonnable aurait des circonstances concomitantes qui ont, selon l'accusation, rendu le comportement de l'accusé dangereux pour la vie, mais de la connaissance que l'accusé avait de ces circonstances;

(6) En conséquence, bien que l'ivresse ne soit pas pertinente pour déterminer ce qu'une personne raisonnable, ayant la même connaissance que l'accusé de ces circonstances, aurait prévu, elle est pertinente pour déterminer la connaissance que l'accusé avait de ces circonstances.

Il me semble clair que, selon le texte de l'art. 213, il y aura des cas où, en raison de l'effet de l'ivresse de l'accusé sur sa connaissance des circonstances, le jury aura un doute raisonnable pour ce qui est de déterminer si l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre, même s'il a été prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé a vraiment accompli l'un des actes décrits aux al. a) à d).

Un second exemple, et la présente affaire illustre très bien ce point, est celui de la personne qui est accusée en vertu de l'art. 213 non pas à titre d'auteur principal, mais par application du par. 21(2) du *Code criminel*. Dans *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638, cette Cour a eu l'occasion d'examiner l'effet conjugué du par. 21(2) et de l'art. 213 (l'art. 202 à l'époque). Le juge en chef Cartwright, prononçant l'arrêt de la Cour, affirme aux pp. 645 et 646:

Au risque de me répéter, je suis d'avis que selon l'interprétation correcte des art. 202 et 21(2) dans leur application aux circonstances de cette affaire, il fallait, pour étayer un verdict de culpabilité contre l'intimé, que la poursuite établisse: (i) que c'était en fait une conséquence probable de l'exécution du projet commun de l'intimé et de Frank de détrousser M<sup>me</sup> Vollet que, pour faciliter la perpétration de ce vol qualifié, Frank causerait intentionnellement des lésions corporelles à M<sup>me</sup> Vollet; (ii) que l'intimé savait ou aurait dû savoir qu'une telle conséquence était probable; et (iii) qu'en fait la mort de M<sup>me</sup> Vollet a résulté des lésions corporelles. Il n'était pas nécessaire que la poursuite établisse que l'intimé savait ou aurait dû savoir que la mort de M<sup>me</sup> Vollet en résulterait probablement. [Je souligne.]

It is clear that an accused can be convicted of murder under the combined operation of ss. 21(2) and 213 in circumstances where the death was not objectively foreseeable. As section 21(2) requires proof of objective foreseeability, the culprit, in my view, must be s. 213.

These two examples suffice, in my view, for one to conclude that notwithstanding proof beyond a reasonable doubt of the matters set forth in paras. (a) to (d) a jury could reasonably be left in doubt as regards objective foreseeability of the likelihood that death be caused. In other words, s. 213 will catch an accused who performs one of the acts in paras. (a) to (d) and thereby causes a death but who otherwise would have been acquitted of murder because he did not foresee and could not reasonably have foreseen that death would be likely to result. For that reason, s. 213 *prima facie* violates ss. 7 and 11(d). It is thus not necessary to decide whether objective foreseeability is sufficient for murder as s. 213 does not even meet that standard. This takes us to s. 1 for the second phase of the constitutional inquiry.

### Section 1

Finding that s. 213 of the *Criminal Code* infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter* does not end the inquiry on the constitutional validity of s. 213. Any or all of paras. (a) to (d) of s. 213 can still be upheld as a reasonable limit "demonstrably justified in a free and democratic society" under s. 1 of the *Charter*.

In this case and at this stage of the inquiry, we need only consider para. (d) of s. 213. The criteria to be assessed under s. 1 have been set out by this Court in several cases, particularly *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and *R. v. Oakes*, *supra*. First, the objective which the measures are designed to serve must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (*Big M Drug Mart*,

Il est clair qu'un accusé peut être déclaré coupable de meurtre par application conjuguée du par. 21(2) et de l'art. 213, dans des circonstances où la mort n'était pas prévisible objectivement. Comme le par. 21(2) exige la preuve de la prévisibilité objective, j'estime que le problème qui se pose se situe au niveau de l'art. 213.

Ces deux exemples sont, à mon avis, suffisants pour conclure que, nonobstant la preuve hors de tout doute raisonnable des choses énoncées aux al. a) à d), un jury pourrait raisonnablement être laissé dans le doute en ce qui concerne la prévisibilité objective que la mort serait susceptible de s'ensuivre. En d'autres termes, l'art. 213 s'appliquera à un accusé qui accomplit l'un des actes décrits aux al. a) à d) et qui cause, de ce fait, la mort mais qui, par ailleurs, aurait été acquitté de l'accusation de meurtre parce qu'il n'a pas prévu et ne pouvait raisonnablement prévoir que la mort serait susceptible de résulter. C'est pour cette raison que l'art. 213 viole à première vue l'art. 7 et l'al. 11d). Il n'est donc pas nécessaire de déterminer si la prévisibilité objective est suffisante dans le cas d'un meurtre, étant donné que l'art. 213 ne satisfait même pas à cette norme. Ceci nous amène à l'article premier pour la seconde phase de l'examen de la constitutionnalité.

### L'article premier

La conclusion que l'art. 213 du *Code* enfreint l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* ne met pas fin à l'examen de la constitutionnalité de l'art. 213. Il est encore possible de juger valides l'un ou l'autre ou la totalité des al. a) à d) de l'art. 213, comme constituant une limite raisonnable «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», au sens de l'article premier de la *Charte*.

En l'espèce et à ce stade de l'examen, nous n'avons qu'à tenir compte de l'al. 213d). Les critères à retenir aux fins de l'article premier ont été énoncés par cette Cour dans plusieurs arrêts, notamment *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et *R. c. Oakes*, précité. Il faut d'abord que l'objectif que les mesures sont destinées à atteindre soit «suffisamment important [...] pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté

*supra*, at p. 352). Through s. 213(d) of the *Code*, Parliament intended to deter the use or carrying of a weapon in the commission of certain offences, because of the increased risk of death. In my view, it is clear that this objective is sufficiently important.

In addition, the measures adopted must be reasonable and demonstrably justified. The measures adopted appear to be rationally connected to the objective: indiscriminately punishing for murder all those who cause a death by using or carrying a weapon, whether the death was intentional or accidental, might well be thought to discourage the use and the carrying of weapons. I believe, however, that the measures adopted would unduly impair the rights and freedoms in question (see *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 352). It is not necessary to convict of murder persons who did not intend or foresee the death and who could not even have foreseen the death in order to deter others from using or carrying weapons. If Parliament wishes to deter the use or carrying of weapons, it should punish the use or carrying of weapons. A good example of this is the minimum imprisonment for using a firearm in the commission of an indictable offence under s. 83 of the *Criminal Code*. In any event, the conviction for manslaughter which would result instead of a conviction for murder is punishable by, from a day in jail, to confinement for life in a penitentiary. Very stiff sentences when weapons are involved in the commission of the crime of manslaughter would sufficiently deter the use or carrying of weapons in the commission of crimes. But stigmatizing the crime as murder unnecessarily impairs the *Charter* right.

In my view, therefore, s. 213(d) of the *Code* is not saved by s. 1.

garantis par la Constitution» (*Big M Drug Mart*, précité, à la p. 352). Le législateur a voulu, au moyen de l'al. 213d) du *Code*, dissuader d'utiliser une arme ou d'en être muni lors de la perpétration de certaines infractions, en raison du risque accru de causer la mort. À mon avis, il est évident qu'il s'agit là d'un objectif suffisamment important.

De plus, les mesures adoptées doivent être raisonnables et leur justification doit pouvoir se démontrer. Il semble y avoir un lien rationnel entre ces mesures et l'objectif visé: on pourrait bien penser que le fait de punir indistinctement pour meurtre toutes les personnes qui causent la mort d'une autre personne en utilisant une arme ou en étant munies d'une telle arme, peu importe que la mort ait été causée délibérément ou accidentellement, a pour effet de dissuader d'utiliser une arme ou d'en être muni. J'estime cependant que les mesures adoptées porteraient indûment atteinte aux droits et aux libertés en question (voir *Big M Drug Mart*, précité, à la p. 352). Il n'est pas nécessaire, pour dissuader d'autres personnes de se servir d'armes ou d'en être munies, de déclarer coupables de meurtre des personnes qui n'ont pas voulu ni prévu causer la mort et qui n'auraient même pas pu prévoir qu'elle résulterait. Si le législateur souhaite dissuader les gens d'utiliser une arme ou d'en être munis, il devrait punir l'usage ou le port d'une arme. Un bon exemple de cela est la peine d'emprisonnement minimale que prescrit l'art. 83 du *Code criminel* pour l'usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel. De toute façon, l'accusé qui serait déclaré coupable d'homicide involontaire coupable au lieu de meurtre serait passible d'une peine pouvant aller d'une journée de prison à la réclusion à perpétuité dans un pénitencier. L'imposition de sentences très sévères dans les cas où une arme a été utilisée en perpétrant le crime d'homicide involontaire coupable dissuaderait suffisamment d'utiliser une arme ou d'en être muni lors de la perpétration d'un crime. Mais le fait de qualifier ce crime de meurtre porte atteinte inutilement au droit conféré par la *Charte*.

J'estime donc que l'al. 213d) du *Code* n'est pas sauvegardé par l'article premier.

Conclusion

As a result of the foregoing, I would answer the first constitutional question in the affirmative, as s. 213(d) violates both s. 7 and s. 11(d) of the *Charter*, and I would declare s. 213(d) of the *Criminal Code* to be of no force or effect. I would, for the reasons which I have given, decline to answer the second constitutional question. It follows that the appeal must be allowed, the appellant's conviction for murder set aside, and a new trial ordered.

The reasons of Beetz and Le Dain JJ. were delivered by

BEETZ J.—For the reasons given by Justice Lamer and Justice La Forest, I agree that s. 213(d) of the *Criminal Code* does not conform to the principles of fundamental justice entrenched in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be saved under s. 1. I also agree with Lamer J. that s. 213(d) of the *Code* violates s. 11(d) of the *Charter* and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

Given these conclusions, I do not find it necessary to decide whether there exists a principle of fundamental justice that a conviction for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight.

I would dispose of the appeal in the manner proposed by Lamer J. and answer the first constitutional question as he does. I would also decline to answer the second constitutional question.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment in this appeal prepared by my colleague, Lamer J. I find myself unable to agree with his disposition of the appeal and, with the greatest respect for his view on the matter, I would dismiss the appeal and answer both constitutional questions in the negative.

Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis de répondre par l'affirmative à la première question constitutionnelle, vu que l'al. 213d) viole à la fois l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, et de déclarer inopérant l'al. 213d) du *Code criminel*. Pour les raisons que j'ai données, je m'abstiens de répondre à la seconde question constitutionnelle. Il s'ensuit qu'il faut accueillir le pourvoi, annuler le verdict de culpabilité de meurtre rendu contre l'appelant et ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Beetz et Le Dain rendus par

LE JUGE BEETZ—Pour les raisons données par les juges Lamer et La Forest, je suis d'accord pour dire que l'al. 213d) du *Code criminel* n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale enchâssés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ne peut être sauvegardé en vertu de l'article premier. Je suis également d'accord avec le juge Lamer pour dire que l'al. 213d) du *Code* viole l'al. 11d) de la *Charte* et qu'il ne saurait être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Étant donné ces conclusions, je ne juge pas nécessaire de déterminer s'il existe un principe de justice fondamentale portant qu'une déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective.

Je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Lamer et de donner la même réponse que lui à la première question constitutionnelle. Je suis également d'avis de ne pas répondre à la seconde question constitutionnelle.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE (dissent)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement que mon collègue le juge Lamer a rédigés en l'espèce. Je suis incapable d'accepter la manière dont il tranche le pourvoi et, en toute déférence pour son opinion sur la question, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre par la négative aux deux questions constitutionnelles.

My colleague has set out the facts of the case. They need not be repeated here. It is evident as well from his reasons that, save for the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, he is in agreement that the appellant would be properly convicted of murder under the combined effect of s. 21(2) and s. 213(d) of the *Criminal Code*. He would allow the appeal essentially on the basis that a conviction for murder which will result in the deprivation of liberty or security of the person of the accused can only be upheld if, in accordance with the terms of s. 7 of the *Charter*, it is procured in accordance with the principles of fundamental justice. While Parliament has the power to define the elements of a crime, in his view the courts must now review that definition to insure that it is in accordance with the principles of fundamental justice. These principles would require that there be no murder conviction without proof of a *mens rea* of at least objective foreseeability of death. Such foreseeability is not a necessary requirement under s. 213(d) of the *Code*.

I am not prepared to accept the proposition that s. 213(d) of the *Criminal Code* admits of a conviction for murder without proof of objective foreseeability of death or the likelihood of death, but in the view I take of this case it is not necessary to reach a firm conclusion on that point. The Crown sought the conviction of Vaillancourt on the basis of the interaction of s. 21(2) and s. 213(d) of the *Code*. For the Crown to succeed in such a prosecution, it would be required to prove that the accused and another had formed an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein. In addition, in the circumstances of this case, the Crown would be required to prove that the appellant knew or ought to have known that his associate was armed with a pistol and would, if necessary, use it during the commission of the offence or the attempt to commit the offence, or during his flight after committing or attempting to commit the offence, and that as a consequence a death occurred: see *R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260 (*per* Martin J.A.), at p. 301, and the pre-*Charter* case in this Court in *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638.

Mon collègue a exposé les faits de l'affaire. Point n'est besoin de les répéter ici. Il ressort également de ses motifs que, sous réserve de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il est d'accord pour dire que l'appelant serait à juste titre déclaré coupable de meurtre en vertu de l'effet conjugué du par. 21(2) et de l'al. 213d) du *Code criminel*. Il est d'avis d'accueillir le pourvoi essentiellement pour le motif que la déclaration de culpabilité de meurtre qui porte atteinte au droit de l'accusé à la liberté ou à la sécurité de sa personne ne peut être maintenue que si, conformément aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, elle respecte les principes de justice fondamentale. Bien que le législateur ait le pouvoir de définir les éléments d'un crime, les tribunaux, à son avis, doivent maintenant examiner cette définition pour s'assurer qu'elle est conforme aux principes de justice fondamentale. Suivant ces principes, il ne peut y avoir de déclaration de culpabilité de meurtre sans preuve d'une *mens rea* consistant en au moins une prévisibilité objective de la mort. Cette prévisibilité n'est pas une exigence nécessaire en vertu de l'al. 213d) du *Code*.

Je ne suis pas disposé à faire mienne la thèse selon laquelle l'al. 213d) du *Code criminel* permet qu'il y ait déclaration de culpabilité de meurtre sans preuve d'une prévisibilité objective que la mort serait causée ou pourrait l'être, mais, compte tenu du point de vue que j'adopte en l'espèce, il n'est pas nécessaire de tirer une conclusion définitive sur ce point. La poursuite a demandé que Vaillancourt soit déclaré coupable en vertu de l'interaction du par. 21(2) et de l'al. 213d) du *Code*. Pour réussir, la poursuite doit prouver que l'accusé et une autre personne ont formé l'intention commune de réaliser un objectif illégal et de s'entraider pour y arriver. Dans les circonstances de l'espèce, la poursuite doit en outre prouver que l'appelant savait ou aurait dû savoir que son complice était armé d'un pistolet et que, si nécessaire, il l'utiliserait pendant qu'il commettrait ou tenterait de commettre l'infraction, ou au cours de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction, et que la mort d'une personne en a été la conséquence: voir l'arrêt *R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260 (le juge Martin), à la p. 301, et l'arrêt de cette Cour antérieur à la *Charte*, *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638.

It must be recognized at the outset that Parliament has decided that the possession and use of weapons, particularly firearms, in the course of the commission of offences is a gravely aggravating factor. Experience has shown that the presence of firearms leads to personal injury and loss of life. Parliament has chosen to term a killing arising in the circumstances described here as "murder". In *R. v. Munro and Munro, supra*, Martin J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal (Arnup, Martin and Houlden J.J.A.), said this, at p. 293:

Under the provisions of s. 213(d) liability for murder attaches if death ensues as a consequence of the use of the weapon or as a consequence of the possession of a weapon which he has on his person. Manifestly, s. 213(d) is very stringent, but it is equally obvious that Parliament intended to create a stringent basis of liability where death ensued as a consequence of the use or possession of a weapon which the offender has upon his person during the commission or attempted commission of certain offences or the offender's flight after the commission or attempted commission of the offence. It is clear that Parliament intended to provide a strong deterrent to the carrying of weapons in the commission of certain crimes because of the high risk to life which experience has shown attends such conduct.

The principal complaint in this case is not that the accused should not have been convicted of a serious crime deserving of severe punishment, but simply that Parliament should not have chosen to call that crime "murder". No objection could be taken if Parliament classified the offence as manslaughter or a killing during the commission of an offence, or in some other manner. As I have observed before (see *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, at p. 251), while it may be illogical to characterize an unintentional killing as murder, no principle of fundamental justice is offended only because serious criminal conduct, involving the commission of a crime of violence resulting in the killing of a human being, is classified as murder and not in some other manner. As Martin J.A. said in *R. v. Munro and Munro, supra*, at p. 301:

Il faut reconnaître dès le départ que le législateur a décidé que la possession et l'usage d'une arme, en particulier d'une arme à feu, pendant la perpétration d'une infraction sont des facteurs très aggravants. L'expérience a démontré que la présence d'armes à feu entraîne des blessures corporelles et des pertes de vie. Le législateur a choisi d'appeler «meurtre» l'homicide commis dans les circonstances décrites en l'espèce. Dans l'arrêt *R. v. Munro and Munro*, précité, le juge Martin, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Arnup, Martin et Houlden), affirme à la p. 293:

[TRADUCTION] En vertu des dispositions de l'al. 213d), l'accusé est coupable de meurtre si la mort est la conséquence de l'usage de l'arme ou de la possession d'une arme qu'il a sur sa personne. L'alinéa 213d) est manifestement très strict, mais il est également évident que le législateur a voulu créer un motif strict de responsabilité lorsque la mort découle de l'usage ou de la possession d'une arme que le contrevenant a sur sa personne pendant qu'il commet ou tente de commettre certaines infractions ou au cours de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction. Il est évident que le législateur a voulu décourager fortement le port d'armes pendant la perpétration de certains crimes à cause du danger élevé qui, l'expérience le démontre, en résulte pour la vie.

L'argument principal en l'espèce n'est pas que l'accusé n'aurait pas dû être déclaré coupable d'un crime grave qui mérite une peine sévère, mais simplement que le législateur n'aurait pas dû choisir d'appeler ce crime un «meurtre». On ne saurait s'objecter si le législateur avait classé l'infraction comme homicide involontaire coupable ou homicide commis pendant la perpétration d'une infraction, ou de quelque autre manière. Comme je l'ai déjà souligné (voir *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, à la p. 251), bien qu'il puisse être illogique de qualifier de meurtre l'homicide involontaire, aucun principe de justice fondamentale n'est violé du seul fait qu'une conduite criminelle grave comportant la perpétration d'un crime violent qui entraîne la mort d'un être humain, soit qualifiée de meurtre et non de quelque autre manière. Comme le juge Martin l'a dit dans l'arrêt *R. v. Munro and Munro*, précité, à la p. 301:

This legislation has frequently been criticized as being harsh, but that is a matter for Parliament and not for the courts.

I would refer, as well, to the words found in A. W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at pp. 544-45:

Section 213 and the concept of constructive murder have been much criticized and, in fact, abolished in many jurisdictions. The criticism is that it imposes liability for murder in situations where death was not intended nor even, in some cases, foreseen. But murder is a legal concept; it does not have to be defined in terms of intentional killing, and even under s. 212 the definition is not this narrow. The policy behind s. 213 is to put the risk of killing a victim during the course of the commission of certain offences upon the offender to a higher degree than if it were merely classified as manslaughter. In any case, with the present distinction between murder punishable by death and murder punishable by life imprisonment now abolished, much of the criticism loses its force. It was the thought of someone being executed for a non-intended homicide that led to the feeling that the definition of murder should somehow be limited to the old common law concept of "murder with malice aforethought".

As has been noted, the appellant's conviction is based on a combination of s. 21(2) and s. 213(d) of the *Criminal Code*. There was in this case evidence of active participation in the commission of the robbery, the underlying offence, and the terms of s. 21(2) were fully met. It must be accepted that the section gives expression to a principle of joint criminal liability long accepted and applied in the criminal law. I am unable to say upon what basis one could exempt conduct which attracts criminal liability, under s. 213 of the *Criminal Code*, from the application of that principle. In *R. v. Munro and Munro*, *supra*, Martin J.A. said, at p. 301:

Patently, Parliament has decided that the carrying of weapons during the commission of certain crimes, such as robbery, so manifestly endangers the lives of others, that one who joins a common purpose to commit one of the specified offences and who knows or ought to know

[TRANSDUCTION] On a souvent dit que cette disposition est dure, mais il s'agit là d'une question qui relève du législateur et non des tribunaux.

a Je renvoie également aux propos tenus dans l'ouvrage de A. W. Mewett et M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), aux pp. 544 et 545:

[TRANSDUCTION] L'article 213 et la notion de meurtre par imputation ont fait l'objet de nombreuses critiques et, en réalité, plusieurs juridictions ont aboli cette notion. On la critique pour le motif qu'elle impose une responsabilité de meurtre dans des situations où la mort n'a pas été voulue ni même, dans certains cas, prévue. Mais le meurtre est une notion juridique; il n'est pas nécessaire de le définir comme étant un homicide intentionnel, et même en vertu de l'art. 212 la définition n'est pas aussi stricte. Suivant le principe qui sous-tend l'art. 213, le risque de tuer une personne au cours de la perpétration de certaines infractions doit peser plus lourdement sur les épaules du contrevenant que s'il s'agissait simplement d'un homicide involontaire coupable. Quoi qu'il en soit, puisque la distinction entre un meurtre punissable de mort et un meurtre punissable d'emprisonnement à perpétuité est maintenant abolie, une bonne partie de ces critiques perd de sa force. C'est la pensée que quelqu'un pourrait être exécuté pour un homicide non intentionnel, qui a amené à croire que la définition de meurtre devait d'une façon ou d'une autre être limitée à l'ancienne notion de *common law* qu'était le «meurtre avec malice intentionnelle».

Comme je l'ai souligné, la déclaration de culpabilité de l'appelant est fondée sur l'effet conjugué du par. 21(2) et de l'al. 213d) du *Code criminel*. En l'espèce, il y avait preuve de la participation active à la perpétration du vol qualifié, l'infraction sous-jacente, et les conditions du par. 21(2) étaient parfaitement remplies. Il faut accepter que la disposition exprime un principe de responsabilité criminelle conjointe depuis longtemps accepté et appliqué en droit criminel. Je ne vois pas comment on pourrait soustraire à l'application de ce principe une conduite qui, en vertu de l'art. 213 du *Code criminel*, entraîne une responsabilité criminelle. Dans l'arrêt *R. v. Munro and Munro*, précité, le juge Martin affirme à la p. 301:

[TRANSDUCTION] Manifestement, le législateur a décidé que le port d'armes au cours de la perpétration de certains crimes, comme le vol qualifié, met si clairement en danger la vie d'autrui que celui qui participe à l'objectif commun de perpétrer l'une des infractions



that his accomplice has upon his person a weapon which he will use if needed, must bear the risk if death, in fact, ensues as a consequence of the use or possession of the weapon during the commission of one of the specified offences or during the flight of the offender after the commission or attempted commission of the underlying offence . . .

In my view, Martin J.A. has stated the policy considerations which have motivated Parliament in this connection and I would not interfere with the Parliamentary decision. I would, therefore, dismiss the appeal and answer the two constitutional questions in the negative.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the judgment of Lamer J. and would dispose of the appeal in the manner proposed by him. I am in agreement with him that because of the stigma attached to a conviction for murder, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime, namely one referable to causing death. In addition to the intention to cause death, this can include a closely related intention such as intention to cause bodily harm likely to result in death combined with recklessness as to that result. Whether and how much further the intention can be extended it is not necessary to explore for the purposes of this case. It is sufficient to say that the mental element required by s. 213(d) of the *Criminal Code* is so remote from the intention specific to murder (which intention is what gives rise to the stigma attached to a conviction for that crime) that a conviction under that paragraph violates fundamental justice. All the provision requires is an intention to commit another crime and to possess a weapon while carrying out this intention or in fleeing afterwards. The provision is so broad that under it a person may be found guilty of murder even though the death was the result of an accident. This occurred in *Rowe v. The King*, [1951] S.C.R. 713, and more extreme examples can easily be imagined. The section is thus not only remote from the *mens rea* specific to murder, but even removes its *actus reus* as traditionally defined; see I. Grant and A. W. MacKay, “Constructive

spécifiées et qui sait ou devrait savoir que son complice a sur sa personne une arme qu’il emploiera si nécessaire, doit en assumer les conséquences si, en fait, la mort découle de l’usage ou de la possession de cette arme pendant la perpétration d’une des infractions spécifiées ou au cours de la fuite du contrevenant après la perpétration ou la tentative de perpétration de l’infraction sous-jacente . . .

À mon avis, le juge Martin a formulé les considérations de principe qui ont motivé le législateur à cet égard et je ne m’ingérerai pas dans la décision du législateur. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi et de répondre par la négative aux deux questions constitutionnelles.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J’ai eu l’avantage de lire les motifs de jugement du juge Lamer et je suis d’avis de trancher le pourvoi de la façon qu’il propose. Je suis d’accord avec lui pour dire qu’en raison des stigmates liés à une déclaration de culpabilité de meurtre, les principes de justice fondamentale exigent une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime, savoir une qui se rapporte au fait de causer la mort. Outre l’intention de causer la mort, cela peut inclure une intention très proche comme celle de causer des lésions corporelles de nature à causer la mort, sans se soucier que la mort en résulte ou non. Il n’est pas nécessaire, pour les fins de l’espèce, de se demander si cette intention peut être élargie davantage et dans quelle mesure elle peut l’être. Il suffit de dire que l’élément moral requis par l’al. 213d) du *Code criminel* est si éloigné de l’intention spécifique de commettre un meurtre (laquelle intention est à l’origine des stigmates liés à une déclaration de culpabilité de ce crime) qu’une déclaration de culpabilité rendue en vertu de cet alinéa est contraire à la justice fondamentale. Tout ce qu’exige cette disposition, c’est l’intention de commettre un autre crime et d’être muni d’une arme en mettant à exécution cette intention ou en s’enfuyant après coup. La disposition est de portée si générale qu’elle permet de déclarer une personne coupable de meurtre même si la mort a été causée accidentellement. C’est ce qui s’est produit dans *Rowe v. The King*, [1951] R.C.S. 713, et il est facile d’imaginer des exemples plus extrêmes. La

Murder and the Charter: In Search of Principle” (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129.

As my colleague notes, the objective of discouraging the use of weapons in the commission of crimes can be achieved by means other than attaching the stigma of a conviction for murder to a person who has caused death in the circumstances like those described in the provision.

*Appeal allowed and new trial ordered, MCINTYRE J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Michel Marchand, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Bernard Laprade, Montréal.*

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

disposition est donc non seulement loin d'exiger la *mens rea* spécifique au meurtre, mais elle va encore jusqu'à supprimer son *actus reus* au sens traditionnel; voir I. Grant et A. W. MacKay, <sup>a</sup> «Constructive Murder and the Charter: In Search of Principle» (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129.

Comme le fait observer mon collègue, l'objectif de dissuader d'utiliser des armes en commettant des crimes peut être atteint autrement que par l'imposition du stigmate de la déclaration de culpabilité de meurtre à une personne qui a causé la mort dans des circonstances comme celles décrites dans la disposition.

<sup>c</sup> *Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge MCINTYRE est dissident.*

<sup>d</sup> *Procureur de l'appellant: Michel Marchand, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: Bernard Laprade, Montréal.*

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

**Brian David Laviolette** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LAVIOLETTE

File No.: 19545.

1986: December 11; 1987: December 3.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE PRINCE EDWARD ISLAND  
SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Constructive murder — Death caused by accomplice during break, enter and robbery — Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of mens rea with respect to death of victim — Accused's conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element — Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 and 11(d) of the Charter.*

*Criminal law — Constructive murder — Fundamental justice — Presumption of innocence — Death caused by accomplice during break, enter and robbery — Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of mens rea with respect to death of victim — Accused's conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element — Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 and 11(d) of the Charter.*

Appellant, his brother and a third person broke into a house with the intention of committing robbery. The appellant's brother entered the premises armed with an iron pipe and, surprised by the owner, beat him to death. He pleaded guilty to second degree murder under s. 213(d) of the *Criminal Code*. The appellant was convicted of second degree murder as a party to the offence under s. 21(2) of the *Code*. His appeal from conviction on the ground that the combination of ss. 21(2) and

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

**Brian David Laviolette** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a RÉPERTORIÉ: R. c. LAVIOLETTE

N° du greffe: 19545.

1986: 11 décembre; 1987: 3 décembre.

b Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE  
c L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD, DIVISION D'APPEL

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Meurtre par imputation — Mort causée par un complice au cours de la perpétration d'une introduction par effraction et d'un vol qualifié — Preuve d'une conduite intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la mens rea relativement à la mort de la victime — Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel — L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 et 11d) de la Charte?*

*Droit criminel — Meurtre par imputation — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Mort causée par un complice au cours de la perpétration d'une introduction par effraction et d'un vol qualifié — Preuve d'une conduite intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la mens rea relativement à la mort de la victime — Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel — L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 et 11d) de la Charte?*

L'appellant, son frère et une troisième personne se sont introduits par effraction dans une maison dans l'intention d'y commettre un vol qualifié. Le frère de l'appellant est entré dans les lieux armé d'un tuyau de fer et, surpris par le propriétaire, il l'a tué à coups de tuyau. Il a plaidé coupable à l'accusation de meurtre au deuxième degré portée en vertu de l'al. 213d) du *Code criminel*. L'appellant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré en tant que partie à l'infraction, au sens du par.

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

213(d) of the *Code* contravened s. 11(d) of the *Charter* was dismissed.

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

In light of *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, s. 213(d) of the *Criminal Code* is inoperative and the conviction cannot stand.

#### Cases Cited

**Followed**: *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(2), 213(d) [am. 1974-75-76, c. 93, s. 13; am. *idem*, c. 105, s. 29 item 1(4)].

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1985), 21 C.C.C. (3d) 106, 17 C.R.R. 41, 55 Nfld. & P.E.I.R. 10, 162 A.P.R. 10, dismissing the accused's appeal from his conviction on the charge of second degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

*John L. MacDougall*, for the appellant.

*Darrell E. Coombs*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Estey, Lamer and Wilson JJ. was delivered by

LAMER J.—This appeal raises a question of law that is decided in the judgment rendered this day in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, namely the constitutionality of constructive murder as provided by s. 213(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

The appellant, his elder brother Stephen Laviolette and a third person went to a parish house with the intention of committing a robbery. Stephen gained entrance to the house through a ground-floor window. He asked Brian to give him an iron pipe that was leaning against the house and Brian did so. Stephen then opened the front

21(2) du *Code*. Il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour le motif que la combinaison du par. 21(2) et de l'al. 213d) du *Code* contrevenait à l'al. 11d) de la *Charte*, mais son appel a été rejeté.

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

Compte tenu de l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, l'al. 213d) du *Code criminel* est inopérant et le verdict de culpabilité ne saurait être maintenu.

#### *b* Jurisprudence

**Arrêt suivi**: *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

#### Lois et règlements cités

*c* *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11d).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21(2), 213d) [mod. 1974-75-76, chap. 93, art. 13; mod. *idem*, chap. 105, art. 29, item 1(4)].

*d* POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Division d'appel (1985), 21 C.C.C. (3d) 106, 17 C.R.R. 41, 55 Nfld. & P.E.I.R. 10, 162 A.P.R. 10, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

*f* *John L. MacDougall*, pour l'appellant.

*Darrell E. Coombs*, pour l'intimée.

*g* Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Estey, Lamer et Wilson rendu par

*h* LE JUGE LAMER—Le présent pourvoi soulève une question de droit qui a été tranchée dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, rendu aujourd'hui. Cette question est celle de la constitutionnalité du meurtre par imputation prévu par l'al. 213d) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34.

*i* L'appellant, son frère aîné Stephen Laviolette et une troisième personne se sont rendus à un presbytère dans l'intention d'y commettre un vol qualifié. Stephen s'est introduit dans la maison par une fenêtre du rez-de-chaussée. Il a demandé à Brian de lui passer un tuyau de fer qui était appuyé contre la maison, ce que Brian a fait. Stephen a

door of the house and the others entered. Finding nothing on the ground floor, they went upstairs. Awakened by the noise, the priest emerged from his bedroom and saw Stephen. Stephen beat him to death with the pipe.

Stephen pleaded guilty to second degree murder. The appellant and the third person were charged with second degree murder under the combined operation of ss. 21(2) and 213(d) of the *Code* and were convicted following a joint trial. The Prince Edward Island Supreme Court *in banco* set aside their convictions and ordered the accused to be re-tried separately. At his second trial the appellant was again convicted of second degree murder. The third person was acquitted.

The appellant appealed from this second conviction on the ground, *inter alia*, that the combination of ss. 21(2) and 213(d) of the *Code* contravened s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Prince Edward Island Supreme Court *in banco* unanimously dismissed his appeal: (1985), 21 C.C.C. (3d) 106.

MacDonald J., with whom Campbell J. concurred, held that the presumption of innocence is not affected by ss. 21(2) and 213(d) of the *Code*, because the Crown must prove beyond reasonable doubt all of the elements required by s. 213(d). With respect to the elements required by s. 213(d), he stated (at p. 114):

By not including in the definition of murder in s. 213(d) a requirement of *mens rea* to commit murder, Parliament has not taken away from an accused the right to be presumed innocent.

McQuaid J., in separate reasons, came to the same solution. He wrote, at p. 110:

Neither of those two sections, taken either separately or in concert, creates a presumption of guilt or violates a presumption of innocence. They simply say that if persons act in a certain way, with certain consequences, and an independent and impartial tribunal, *i.e.*, a jury, finds

ensuite ouvert la porte d'entrée principale de la maison et les autres sont entrés. N'ayant rien trouvé au rez-de-chaussée, ils sont montés à l'étage. Réveillé par le bruit, le prêtre est sorti de sa chambre et a aperçu Stephen qui l'a tué à coups de tuyau.

Stephen a plaidé coupable à l'accusation de meurtre au deuxième degré. L'appelant et la troisième personne ont été accusés de meurtre au deuxième degré par application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213d) du *Code* et ont été déclarés coupables à l'issue d'un procès conjoint. La Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, *in banco*, a annulé les déclarations de culpabilité et a ordonné que les accusés soient jugés de nouveau, séparément. À son second procès, l'appelant a de nouveau été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. La troisième personne a été acquittée.

L'appelant a interjeté appel de cette seconde déclaration de culpabilité en faisant valoir notamment que la combinaison du par. 21(2) et l'al. 213d) du *Code* contrevient à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, *in banco*, a rejeté son appel à l'unanimité: (1985), 21 C.C.C. (3d) 106.

Le juge MacDonald, à l'avis duquel le juge Campbell a souscrit, a conclu que le par. 21(2) et l'al. 213d) du *Code* n'ont aucun effet sur la présomption d'innocence parce que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable chacun des éléments requis par l'al. 213d). Voici ce qu'il affirme au sujet des éléments requis par l'al. 213d) (à la p. 114):

[TRADUCTION] En n'incluant pas dans la définition du meurtre à l'al. 213d) une exigence de *mens rea* ou d'intention coupable de commettre un meurtre, le législateur n'a pas dépouillé l'accusé du droit d'être présumé innocent.

Le juge McQuaid, dans des motifs distincts, est arrivé à la même conclusion. Il écrit, à la p. 110:

[TRADUCTION] Ni l'une ni l'autre de ces deux dispositions, prises séparément ou ensemble, ne crée une présomption de culpabilité ni ne viole une présomption d'innocence. Elles portent simplement que, si une personne agit d'une certaine manière et qu'il en découle

that they have done so, in accordance with law, *i.e.*, on the initial assumption of innocence, in a fair and public hearing, *i.e.*, a trial, then certain sanctions will inevitably follow, *i.e.*, conviction and sentence. Indeed, it can be truly said that not only does the conjunctive effect of ss. 213(d) and 21(2) not violate s. 11(d) of the Charter, but rather is the practical embodiment of it.

With respect, I do not share these views. For the reasons that I have given this day in this Court's judgment in *Vaillancourt*, *supra*, I am of the view that s. 213(d) of the *Code* infringes the rights guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charte* and is not a reasonable limit on those rights, and is thus inoperative. The appellant's conviction pursuant to s. 213(d) thus cannot stand.

I would thus allow the appeal, set aside the appellant's conviction and order a new trial.

The reasons of Beetz and Le Dain JJ. were delivered by

BEETZ J.—For the reasons given in my judgment in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, rendered today, I would allow the appeal, set aside the appellant's conviction and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J.—For the reasons of the majority in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, delivered concurrently, I would allow the appeal, set aside the appellant's conviction and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—For the reasons given in my judgment in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, rendered today, I would allow the appeal, set aside the appellant's conviction and order a new trial.

certaines conséquences, et si un tribunal indépendant et impartial, c.-à-d. un jury, conclut que la personne a agit ainsi, conformément à la loi, c.-à-d. en vertu d'une présomption initiale d'innocence, à l'issue d'un procès public et équitable, alors certaines sanctions s'ensuivront inévitablement, c.-à-d. la déclaration de culpabilité et l'imposition d'une peine. En fait, on peut vraiment dire que, loin de violer l'al. 11d) de la Charte, l'al. 213d) et le par. 21(2), par leur effet conjugué, représentent une application pratique de l'al. 11d).

Avec égards, je ne partage pas ces opinions. Pour les raisons que j'ai déjà exposées dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, rendu aujourd'hui par cette Cour, j'estime que l'al. 213d) du *Code* porte atteinte aux droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, qu'il ne représente pas une limite raisonnable apportée à ces droits et qu'il est en conséquence inopérant. Le verdict de culpabilité prononcé contre l'appelant en vertu de l'al. 213d) ne saurait donc être maintenu.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le verdict de culpabilité prononcé contre l'appelant et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Beetz et Le Dain rendus par

LE JUGE BEETZ—Pour les raisons que j'ai données dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, rendu aujourd'hui, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE—Pour les raisons données par la Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, rendu simultanément, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—Pour les raisons que j'ai données dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, rendu aujourd'hui, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

*Appeal allowed and new trial ordered.*

*Solicitor for the appellant: John L. Mac-Dougall, Charlottetown.*

*Solicitor for the respondent: Darrell E. Coombs, Charlottetown.*

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.*

*Procureur de l'appelant: John L. MacDougall, Charlottetown.*

*Procureur de l'intimée: Darrell E. Coombs, Charlottetown.*

**George Cornelius Lensen** *Appellant*

v.

**Keith Gary Lensen** *Respondent*

INDEXED AS: LENSEN V. LENSEN

File No.: 19150.

1986: December 15; 1987: December 3.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard\*, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Courts — Appellate review — Alleged oral contract with respect to transfer of land — Appellate court reversing trial judge's finding no contract — Whether or not trial judge found no oral contract existed — Whether or not Court of Appeal erred by substituting its version of the facts — Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, c. C-42, s. 8.*

This appeal arose out of an action brought by a son against his father. Respondent son sued for (i) a declaration that an alleged oral agreement for the sale of certain farm lands between the appellant as vendor and respondent as purchaser was valid and enforceable, and for (ii) a further declaration that respondent was entitled to an order perfecting a gift of a quarter section of land and vesting title in his name. Respondent was unsuccessful at trial, but an appeal to the Saskatchewan Court of Appeal was allowed and specific performance granted. The issue here involved the role of an intermediate appellate court in relation to findings of fact made by a judge of first instance.

*Held:* The appeal should be allowed.

There was evidence on which a trial judge might properly find that there was no agreement as alleged between the father and son. 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". While section 8 of the Saskatchewan *Court of Appeal Act* authorizes the Court of

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

**George Cornelius Lensen** *Appelant*

c.

**Keith Gary Lensen** *Intimé*

a

RÉPERTORIÉ: LENSEN c. LENSEN

N° du greffe: 19150.

1986: 15 décembre; 1987: 3 décembre.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard\*, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

c

*Tribunaux — Examen par une juridiction d'appel — Allégation de contrat verbal de cession de bien-fonds — Constatation de l'inexistence d'un contrat par le juge de première instance infirmée par la juridiction d'appel — Le juge de première instance a-t-il conclu à l'inexistence d'un contrat verbal? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant sa propre version des faits — Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, chap. C-42, art. 8.*

e

Ce pourvoi fait suite à une action intentée par un fils contre son père. L'action intentée par le fils intimé visait à obtenir (i) un jugement déclaratoire portant qu'un prétendu contrat verbal, ayant pour objet la vente de certains terrains agricoles, intervenu entre l'appellant, à titre de vendeur, et l'intimé, à titre d'acheteur, était valide et exécutoire, et (ii) un autre jugement déclaratoire portant que le fils avait droit à une ordonnance rendant exécutoire la donation d'un quart de section de terre et en faisant passer le titre à son nom. L'intimé a été débouté en première instance, mais l'appel, interjeté à la Cour d'appel de la Saskatchewan, a été accueilli et l'exécution intégrale du contrat a été ordonnée. La question en litige dans la présente affaire porte sur le rôle joué par une juridiction d'appel intermédiaire en ce qui concerne les constatations de fait d'un juge de première instance.

h

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Il existait des éléments de preuve en vertu desquels un juge de première instance pourrait, à bon droit, conclure que, contrairement à ce qui était allégué, aucune convention n'était intervenue entre le père et le fils. 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

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



Appeal to “draw inferences of fact”, this task must be performed in relation to facts as found by the trial judge. Absent some “palpable and overriding error” in this regard, s. 8 should not be construed so as to modify the traditional role of the Court of Appeal with respect to those findings. Since the trial judge made no such error affecting his assessment of the facts, such a substitution cannot fairly be said to fall within the role of the Court of Appeal as set out in s. 8.

#### Cases Cited

Referred to: *Brownscombe v. Public Trustee of Province of Alberta*, [1969] S.C.R. 658; *Thompson v. Guaranty Trust Co.*, [1974] S.C.R. 1023; *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Stein v. “Kathy K” (The Ship)*, [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.

#### Statutes and Regulations Cited

*Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, c. C-42, s. 8.  
*Statute of Frauds* (Eng.), 29 Car. 2, c. 3, s. 4.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1984), 35 Sask. R. 48, 14 D.L.R. (4th) 611, [1984] 6 W.W.R. 673, allowing an appeal from a judgment of Maher J. (1982), 35 Sask. R. 63. Appeal allowed.

*R. H. McKercher, Q.C.*, and *B. H. Rossmann*, for the appellant.

*D. E. Gauley, Q.C.*, and *R. G. Kennedy*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal arises out of an action brought by a son against his father. The son sued for (i) a declaration that an alleged oral agreement for the sale of certain farm lands between the father as vendor and the son as purchas-

qui a faussé son appréciation des faits». Certes, l’art. 8 de la *Court of Appeal Act* de la Saskatchewan autorise la Cour d’appel à «faire des déductions de fait», mais cela doit être accompli en fonction des faits constatés par le juge de première instance. En l’absence de quelque «erreur manifeste et dominante» à cet égard, l’art. 8 ne doit pas être interprété de manière à modifier le rôle joué traditionnellement par la Cour d’appel en ce qui concerne ces constatations. Comme le juge de première instance n’a commis aucune erreur de ce genre qui ait faussé son appréciation des faits, on ne saurait, en toute justice, considérer qu’une telle substitution est conforme au rôle que l’art. 8 attribue à la Cour d’appel.

#### Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Brownscombe v. Public Trustee of Province of Alberta*, [1969] R.C.S. 658; *Thompson c. Guaranty Trust Co.*, [1974] R.C.S. 1023; *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Stein c. “Kathy K” (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; *Jaegli Enterprises Ltd. v. 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.

#### Lois et règlements cités

*Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, chap. C-42, art. 8.  
*Statute of Frauds* (Angl.), 29 Car. 2., chap. 3, art. 4.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (1984), 35 Sask. R. 48, 14 D.L.R. (4th) 611, [1984] 6 W.W.R. 673, qui a accueilli l’appel d’un jugement du juge Maher (1982), 35 Sask. R. 63. Pourvoi accueilli.

*R. H. McKercher, c.r.*, et *B. H. Rossmann*, pour l’appellant.

*D. E. Gauley, c.r.*, et *R. G. Kennedy*, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi fait suite à une action intentée par un fils contre son père. L’action intentée par le fils visait à obtenir (i) un jugement déclaratoire portant qu’un prétendu contrat verbal, ayant pour objet la vente de certains terrains

er is valid and enforceable, and for (ii) a further declaration that the son is entitled to an order perfecting a gift of a quarter section of land and vesting title in his name. The son was unsuccessful at trial, but an appeal to the Saskatchewan Court of Appeal was allowed, and specific performance was granted. The only issue which needs to be addressed involves the role of an intermediate appellate court in relation to findings of fact made by a judge of first instance.

I

### Facts

The appellant father, George Cornelius Lensen, was born in 1904 on a family farm in Saskatchewan. He married in 1926. About one year later his parents left the farm and moved to Saskatoon. At that time, George Lensen purchased the farm machinery from his father and paid for it over a period of years. He lived on the farm until 1963, when he and his wife, like his parents before them, retired to Saskatoon.

The respondent son, Keith Gary Lensen, was born in 1937 and is one of eleven surviving children of the appellant and his wife. He left school in 1952 at the age of sixteen and remained on the farm to help his parents. Except for brief intervals when he worked elsewhere for extra money, he has spent all his working life on the farm. In 1955, he rented a quarter section of land from his aunt and continues to farm it under a rental arrangement. Four years later, on April 11, 1959, he entered into a written one-half crop share lease of two quarter sections of land with his father, for a period of one year. This lease was extended from time to time in writing until 1963. In 1962, the son married. A year later, as noted, his father and mother retired to Saskatoon, leaving the son and his wife on the farm. In April of 1964, the father and son executed another lease of other quarter sections of land on a one-third crop share basis and in the same year the father sold his farm machinery to the son

agricoles, intervenu entre le père, à titre de vendeur, et le fils, à titre d'acheteur, est valide et exécutoire, et (ii) un autre jugement déclaratoire portant que le fils a droit à une ordonnance rendant exécutoire la donation d'un quart de section de terre et en faisant passer le titre à son nom. Le fils a été débouté en première instance, mais l'appel, interjeté à la Cour d'appel de la Saskatchewan, a été accueilli et l'exécution intégrale du contrat a été ordonnée. La seule question qu'il faut aborder porte sur le rôle d'une juridiction d'appel intermédiaire en ce qui concerne les constatations de fait d'un juge de première instance.

c

I

### Les faits

Le père appellant, George Cornelius Lensen, est né en 1904 à la ferme familiale, en Saskatchewan. Il s'est marié en 1926. Environ un an plus tard, ses parents quittaient la ferme et déménageaient à Saskatoon. À cette époque, George Lensen a acheté de son père le matériel agricole qu'il a payé en quelques années. Il a vécu à la ferme jusqu'en 1963, date à laquelle il s'est retiré avec sa femme à Saskatoon, tout comme ses parents l'avaient fait auparavant.

f

Le fils intimé, Keith Gary Lensen, né en 1937, est l'un des onze enfants survivants de l'appelant et de sa femme. Il a quitté l'école en 1952, à l'âge de seize ans, et est resté à la ferme pour aider ses parents. À l'exception de brefs intervalles pendant lesquels il a travaillé à l'extérieur pour arrondir son ordinaire, il a passé toute sa vie à travailler à la ferme. En 1955, il a loué de sa tante un quart de section de terre qu'il cultive encore conformément à ce fermage. Quatre ans plus tard, le 11 avril 1959, il a conclu avec son père un bail écrit d'un an, pour une part représentant la moitié de la récolte de deux quarts de section de terre. Le bail fut reconduit par écrit d'année en année, jusqu'en 1963. En 1962, le fils s'est marié. Un an plus tard, comme on l'a dit, le père et la mère se retiraient à Saskatoon, laissant leur fils et sa femme à la ferme. En avril 1964, le père et le fils signaient un autre bail, visant d'autres quarts de section de terre, pour une part d'un tiers de la récolte et, la

j

for \$15,000, which was fully paid off by June of 1970.

At trial, the son testified that he waited until the machinery was fully paid off and then approached his father to make an agreement for the purchase of the land. He testified that after numerous discussions his father told him that he would give him the home quarter section and that he would have to pay \$100,000 for the remainder of the land. The terms of payment were not set out other than that it was agreed orally, according to the son, that the father was to be paid in full when he chose to ask for the payment. If no such request was made during the father's lifetime, the purchase price was to be paid to his estate. The son testified that the father insisted on making the agreement in this fashion because he wanted to retain title as security for himself and his wife. The son stated that there was no third party present during these discussions.

Throughout the latter part of the 1970s, the son made substantial improvements to the farm, installing a sewage system, an underground gasoline storage tank and pump, two granaries, and a cattle shelter, as well as re-wiring the house. The son also testified that on two occasions he had opportunities to purchase land from neighbouring farmers but did not do so after consulting with his father and being reassured that his father's land would be his. He also testified that he refrained from seeking a low-interest loan from the government to purchase the land from his father because the latter assured him that it would be his in any event.

From 1964 to 1980, the father and son continued to operate on a one third-crop share arrangement, but there were no written leases. Apparently, in 1980, differences arose between the parties over accounting for the crop share owed to the father. As a result, the father's solicitors sent the son a letter dated September 22, 1980 terminating the existing lease arrangements. At trial, the son was asked the following question:

même année, le père vendait le matériel agricole à son fils pour la somme de 15 000 \$, laquelle somme était entièrement acquittée en juin 1970.

a En première instance, le fils est venu témoigner qu'il avait attendu que le matériel ait été entièrement payé avant de discuter avec son père de la possibilité d'acheter la terre. Il a déclaré qu'après de nombreuses discussions son père lui avait dit b qu'il lui donnerait le quart de section où était érigée la maison familiale et qu'il devrait payer le reste 100 000 \$. Les conditions de paiement n'avaient pas été précisées, si ce n'est qu'il avait c été convenu oralement, d'après le fils, que le père devrait être payé au complet lorsqu'il choisirait de demander paiement. Au cas où cette demande ne serait pas faite du vivant du père, le prix d'achat devrait être versé à sa succession. D'après le témoignage du fils, le père aurait insisté pour qu'il en d soit convenu ainsi parce qu'il voulait conserver le titre de propriété comme sûreté pour lui-même et sa femme. Le fils a affirmé qu'aucun tiers n'avait assisté à ces discussions.

e Vers la fin des années 70, le fils a apporté des améliorations substantielles à la ferme en installant un réseau d'égout, un réservoir d'essence souterrain et une pompe, deux greniers et un abri pour le bétail, et en refaisant tout le système électrique de la maison. Le fils a également témoigné qu'il avait eu aussi, à deux occasions, la possibilité f d'acheter du terrain de fermiers voisins, mais qu'il ne l'avait pas fait, après avoir consulté son père qui g l'avait rassuré que la terre lui appartiendrait un jour. Toujours selon son témoignage, il n'aurait pas sollicité de prêts à faible taux d'intérêt du gouvernement pour acheter la terre de son père parce que celui-ci l'avait assuré qu'elle lui reviendrait h de toute façon.

De 1964 à 1980, le père et le fils ont continué de fonctionner selon un arrangement d'une part d'un tiers de la récolte, mais sans baux écrits. En 1980, un différend est apparemment survenu entre les parties au sujet de la part de la récolte due au père. Suite à cela, les avocats du père ont envoyé au fils une lettre en date du 22 septembre 1980, mettant fin aux arrangements locatifs existants. j Au procès, la question suivante a été posée au fils:

Q. ... why didn't you instruct your solicitors to write your father's solicitors and say, I have an agreement with my father to buy the land and these are the terms of the agreement?

A. My solicitors were handling it. They were advising me and I just went with what they said.

Negotiations for a new lease on a cash, as opposed to a crop, basis ensued but were not successful. The action giving rise to this appeal was commenced on April 27, 1981.

The case for the defence began with the father himself. The father flatly denied that he had ever had discussions with his son about selling the farm to him. He testified that he only agreed to lease the land to his son. With respect to the improvements and additions to the farm, the father testified that they were meant to increase the efficiency of the farming operations, to reduce or eliminate manual labour, or simply were done for the comfort of the son and his wife. By raising cattle and operating the farm, the son had accumulated an estate of his own in excess of \$250,000 in value, and the improvements he made were not only in his interest but were insignificant when compared to the benefits he enjoyed. The father contends that the circumstances under which the improvements were made were just as consistent with a lease arrangement as with any agreement for the purchase of the land. The father also testified that he told his son to go ahead and purchase neighbouring lands on the two occasions when they were for sale, and that he told his son, when low-interest government loans were available, that his land was not for sale.

## II

### Judgments

#### *Saskatchewan Court of Queen's Bench*

The trial judge, Maher J., found for the father and dismissed the action. He was not satisfied that the acts allegedly done in part performance of an oral agreement were sufficient to dispense with the necessity for a contract to be in writing as required

### [TRANSDUCTION]

Q. ... pourquoi n'avez-vous pas demandé à vos avocats d'écrire aux avocats de votre père pour leur dire, j'ai conclu avec mon père une convention d'achat de la terre, et voici les conditions de cette entente?

R. Mes avocats s'en occupaient. Ils me conseillaient et je me suis conformé à ce qu'ils me disaient.

Des négociations en vue de conclure un nouveau bail, avec paiement comptant plutôt qu'en nature, s'ensuivirent, mais sans succès. L'action qui a mené au pourvoi a été intentée le 27 avril 1981.

Le premier témoin cité par la défense a été le père lui-même. Il a catégoriquement nié avoir jamais discuté avec son fils de la possibilité de lui vendre la ferme. Selon lui, il avait seulement convenu de louer la terre à son fils. Quant aux améliorations et aux ajouts apportés à la ferme, le père a témoigné qu'ils avaient pour but d'accroître la capacité de rendement de la ferme, de réduire ou d'éliminer certains travaux manuels ou, simplement, qu'ils avaient été effectués pour le confort de son fils et de sa femme. Grâce à l'élevage et à l'exploitation de la ferme, le fils avait accumulé un patrimoine propre dont la valeur dépassait 250 000 \$ et les améliorations qu'il avait apportées l'avaient été dans son propre intérêt uniquement et elles étaient négligeables lorsqu'on les comparait aux avantages dont il jouissait. Le père soutient que les circonstances dans lesquelles les améliorations ont été apportées sont tout autant compatibles avec un arrangement locatif qu'avec toute convention d'achat de la terre. Le père a aussi déclaré avoir dit à son fils, à deux reprises, lorsque des terres voisines furent mises en vente, de ne pas se gêner et de les acheter, et que c'est lui qui a dit à son fils, au moment où il était possible d'obtenir des prêts à faible taux d'intérêt du gouvernement, que sa terre n'était pas à vendre.

## II

### Les jugements

#### *La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*

Le juge Maher de la cour de première instance a tranché en faveur du père et a rejeté l'action. Il n'était pas convaincu que les actes, qui auraient été accomplis à titre d'exécution partielle d'une convention verbale, étaient suffisants pour exempter

by s. 4 of the *Statute of Frauds*. He stated that the acts relied on as part performance “must be unequivocally and in their own nature, referable to some such agreement as that alleged”, and “unequivocally referable to some dealings with the land in question”. Maher J. was of the view that such was not the case before him. In his opinion, it could not be said on a balance of probability that the acts claimed to have been done in part performance of an agreement between the parties “unequivocally refer to the agreement alleged”. He wrote:

They are equally consistent with the lease arrangements that were in place between the parties when they are considered in a setting where the plaintiff had every reason to believe that the land would be left to him by will in a manner similar to the defendant’s acquisition of a portion of the same land from his father.

Nor, in his view, was there any “evidence to suggest that the plaintiff was in any way contractually obligated to the defendant to carry out improvements”.

Having found the alleged acts of part performance to be insufficient to displace the *Statute of Frauds*, Maher J. found it unnecessary to determine whether in fact there was an agreement between the parties that the land was to be sold to the son. Nonetheless, he went on to find that there was no such agreement.

#### *Saskatchewan Court of Appeal*

The Saskatchewan Court of Appeal, *per* Tallis J.A., allowed the son’s appeal and ordered specific performance. With respect to the issue of whether there was an oral contract for the sale and transfer of land, Tallis J.A. was of the view that the trial judge had not made any finding as to whether there was a contract for sale. Thus, he was of the view that the Court of Appeal, by virtue of s. 8 of *The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, c. C-42, was “free to act upon [its] own view of the evidence, draw inferences of facts and decide this

de la nécessité d’avoir un contrat écrit, comme le prescrit l’art. 4 du *Statute of Frauds*. Il a affirmé que les actes qu’on invoque à titre d’exécution partielle [TRADUCTION] «doivent avoir, de par leur nature même et de façon non équivoque, un rapport avec une convention du genre de celle qui est alléguée» et qu’ils doivent [TRADUCTION] «se rapporter de façon non équivoque à quelque opération relative au bien-fonds en question». Le juge Maher s’est dit d’avis qu’il n’en n’était pas ainsi dans l’affaire dont il était saisi. D’après lui, on ne pouvait dire, selon la prépondérance des probabilités, que les actes qui auraient été accomplis à titre d’exécution partielle d’une convention entre les parties [TRADUCTION] «ont un rapport non équivoque avec la convention alléguée». Il a écrit:

[TRADUCTION] Ils sont tout aussi compatibles avec les arrangements locatifs en vigueur entre les parties, lorsqu’on les envisage dans un contexte où le demandeur avait toutes les raisons de croire que la terre lui serait léguée par testament, de la même manière que le défendeur avait acquis une partie de la même terre de son père.

À son avis, il n’y avait pas non plus de [TRADUCTION] «preuve qui laisse supposer que le demandeur était obligé en quelque sorte par contrat envers le défendeur d’apporter des améliorations».

Ayant jugé que les actes qui auraient été accomplis à titre d’exécution partielle étaient insuffisants pour écarter l’application du *Statute of Frauds*, le juge Maher a estimé qu’il était inutile de déterminer si les parties s’étaient vraiment entendues pour que la terre soit vendue au fils. Néanmoins, il en est venu à conclure à l’inexistence de quelque convention de ce genre.

#### *La Cour d’appel de la Saskatchewan*

Le juge Tallis, s’exprimant au nom de la Cour d’appel de la Saskatchewan, a accueilli l’appel interjeté par le fils et a ordonné l’exécution intégrale de la convention. Quant à savoir s’il y avait un contrat verbal de vente et de cession de la terre, le juge Tallis était d’avis que le juge de première instance ne s’était pas prononcé sur l’existence d’un contrat de vente. Il a donc jugé que la Cour d’appel, en vertu de l’art. 8 de *The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, chap. C-42, était [TRADUCTION] «libre de se fonder sur [sa] propre

issue". After reviewing the evidence, he concluded that there was such an agreement.

Turning to the issue of whether the acts allegedly in part performance of the contract displaced the requirement of s. 4 of the *Statute of Frauds*, Tallis J.A. reviewed the relevant authorities and concluded:

Learned counsel submits that the authorities do not go further and dictate that the acts must of necessity be referable to the interest in the land or the contract which is propounded. I do not read the recent Supreme Court of Canada authorities as applying such a stringent test that the acts must of necessity be referable to either the interest in the land or the contract which is being propounded. If the acts relied upon are "unequivocally referable in their own nature to some dealing with the land" the requisite test is met.

Tallis J.A. then reviewed the trial judge's ruling that the acts of part performance must be obligatory before they could be considered to have been done under the terms of the oral contract. Citing this Court's judgments in *Brownscombe v. Public Trustee of Province of Alberta*, [1969] S.C.R. 658, and *Thompson v. Guaranty Trust Co.*, [1974] S.C.R. 1023, Tallis J.A. concluded that "the 'contractually bound' or 'obligatory test' is now of no application".

Applying the above law, Tallis J.A. concluded that the "substantial improvements and additions could only be referable in this case to a contract to purchase the lands and would not be the acts of a tenant under a yearly tenancy". He added that the son acted upon the alleged contract to his detriment, and concluded that the son was entitled to succeed in the appeal. Specific performance was ordered, except in relation to the "home quarter" of land, which was subject to the homestead rights of the defendant's wife.

conception de la preuve soumise, de faire des déductions de fait et de statuer sur cette question». Après avoir examiné les éléments de preuve soumis, il a conclu à l'existence d'une telle convention.

Se demandant ensuite si les actes qui auraient été accomplis à titre d'exécution partielle du contrat ont pour effet d'écarter l'exigence de l'art. 4 du *Statute of Frauds*, le juge Tallis a procédé à l'étude de la jurisprudence pertinente pour conclure:

[TRADUCTION] Les éminents avocats font valoir que la jurisprudence dit, sans aller plus loin, que les actes doivent nécessairement se rapporter à l'intérêt dans le bien-fonds ou au contrat invoqué. Je n'interprète pas la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada comme allant jusqu'à appliquer un critère à ce point strict que les actes doivent nécessairement se rapporter soit à l'intérêt dans le bien-fonds, soit au contrat invoqué. Si les actes que l'on fait valoir ont «de par leur nature même, un rapport non équivoque avec quelque opération relative au bien-fonds», le critère applicable est respecté.

Le juge Tallis a ensuite étudié la décision du juge de première instance portant que les actes d'exécution partielle doivent être obligatoires pour qu'on puisse les considérer comme accomplis en vertu des conditions du contrat verbal. Citant les arrêts de cette Cour *Brownscombe v. Public Trustee of Province of Alberta*, [1969] R.C.S. 658, et *Thompson c. Guaranty Trust Co.*, [1974] R.C.S. 1023, le juge Tallis a conclu que le critère du «lien contractuel» ou de «l'obligation» n'ont plus cours aujourd'hui.

Applicant la règle énoncée ci-dessus, le juge Tallis a conclu que [TRADUCTION] «les améliorations et ajouts substantiels ne pouvaient se rapporter en l'espèce qu'à un contrat d'achat des terres et qu'il ne pouvait s'agir des actes posés par un locataire sous le régime d'un bail annuel». Il a ajouté que le fils a agi à son détriment sur la foi du prétendu contrat et a conclu que celui-ci devait avoir gain de cause en appel. L'exécution intégrale de la convention a été ordonnée, sauf pour ce qui est du [TRADUCTION] «quart de section où était érigée la maison familiale», qui était assujéti aux droits d'insaisissabilité de l'épouse du défendeur.

## III

Issue

The issue in this appeal is whether the trial judge found as a fact that no oral agreement existed between the parties and, if so, whether the Court of Appeal erred by substituting its version of the facts.

## IV

Appellate Review

This issue arises in relation to Tallis J.A.'s conclusion that the trial judge had "dismissed the action on this ground (i.e., that the acts of part performance were insufficient to displace the *Statute of Frauds*) and made no factual finding on whether an oral contract for the sale of land was concluded between the parties". As noted, however, though he was of the view that it was unnecessary to make such a finding, Maher J. in fact addressed that very question:

In addition to the evidence of Boyd Lensen, three other witnesses testified that the defendant had indicated to them that his son Keith would be getting the farm. I have no reason to disbelieve the evidence of these witnesses and on the whole of the evidence I am satisfied that there were discussions between the defendant and his son Keith but I am not satisfied on a balance of probability that such discussions reached the point where there was an agreement for the sale of the land concluded. [Emphasis added.]

Nor can it be said that this finding was made in a vacuum. The following exchanges, for example, occurred between counsel and the father:

Q. ... When Keith was finished paying for the machinery, did you have any conversation with Keith about Keith acquiring the home quarter?

A. No. No.

Q. Did you have any conversation at that time with Keith buying the balance of the farm for one hundred thousand dollars?

A. No. I never heard tell of that until I think it was 1980 I believe. That's the first I heard tell of that

## III

La question en litige

La question soulevée en l'espèce est de savoir si le juge de première instance a effectivement constaté qu'il n'existait aucun contrat verbal entre les parties et, dans l'affirmative, si la Cour d'appel a commis une erreur en substituant sa propre version des faits?

## IV

Examen par une juridiction d'appel

Cette question fait suite à la conclusion du juge Tallis que le juge de première instance a [TRADUCTION] «rejeté l'action pour ce motif [c.-à-d. que les actes d'exécution partielle n'étaient pas suffisants pour écarter l'application du *Statute of Frauds*], sans constater effectivement si un contrat verbal de vente du bien-fonds était intervenu entre les parties». Toutefois, comme on l'a déjà dit, bien qu'il ait été d'avis qu'il n'était pas nécessaire de faire une telle constatation de fait, le juge Maher a, en réalité, abordé précisément cette question:

[TRADUCTION] Outre le témoignage de Boyd Lensen, trois autres témoins sont venus affirmer que le défendeur leur avait laissé entendre que son fils Keith aurait la ferme. Je n'ai aucune raison de ne pas croire ces témoins et l'ensemble de la preuve soumise me convainc que des discussions ont eu lieu entre le défendeur et son fils Keith, mais je ne suis nullement persuadé, selon la prépondérance des probabilités, que ces discussions sont parvenues au stade de la conclusion d'un accord sur la vente du bien-fonds. [Je souligne.]

On ne saurait prétendre non plus que cette constatation a été faite en l'absence de tout contexte. L'échange suivant, par exemple, est intervenu entre l'avocat du demandeur et le père:

[TRADUCTION]

Q. ... Lorsque Keith eut fini de payer la machinerie, avez-vous jamais discuté avec lui de l'achat qu'il pourrait éventuellement faire du quart de section où est érigée la maison familiale?

R. Non, non.

Q. Avez-vous jamais discuté à l'époque avec Keith de l'achat du reste de la ferme, pour la somme de cent mille dollars?

R. Non. Je n'ai jamais entendu parler de cela avant, je pense [...] 1980, je crois. C'est la première fois

hundred thousand-dollar deal. And that was from Lyle and Blayne [brothers of Keith Gary Lensen] when they went to try and make a settlement on this cash lease.

When asked what he thought when he was told of the deal, he stated:

I just laughed. I thought, nonsense. I never heard tell of that before.

The father also denied disclosing the contents of his will:

Q. . . . Have you ever had any discussion with Keith about willing Keith in a Will any or part of your land.

A. No. I never disclosed any contents of my Will to any of the family.

Q. . . . Has Keith ever asked you if you were going to will him the home quarter?

A. Not that I recall. Not directly asked me if I was going to do that.

Q. Did you at any time indicate to Keith that in your view the other seven quarters were worth a hundred thousand dollars?

A. No.

Q. Did you ever say to Keith that you would sell him the other seven quarters for a hundred thousand dollars?

A. No.

Q. Did you ever say to Keith that you were going to set up a Will and leave him the chance to buy the rest of the farm for a hundred thousand dollars?

A. No, I didn't disclose the contents of my Will.

Eight other witnesses testified on the father's behalf. Lyle Lensen, brother of Keith, stated:

A. The only arrangement I understood that Dad and Keith had was that it was a one-third-two-third crop share arrangement. That's the only arrangement I have ever been aware of.

que j'ai entendu parler de ce marché de cent mille dollars. Et c'est Lyle et Blayne [les frères de Keith Gary Lensen] qui l'ont mentionné, lorsqu'ils sont venus pour essayer de régler cette affaire de bail avec paiement comptant.

Lorsqu'on lui a demandé ce qu'il a pensé quand on lui a parlé du marché, il a répondu:

[TRADUCTION] Je me suis contenté d'en rire. Absurde, ai-je pensé. Je n'en n'avais jamais entendu parler auparavant.

Le père a aussi nié avoir révélé le contenu de son testament:

[TRADUCTION]

Q. . . . Avez-vous jamais parlé avec Keith de lui léguer, par testament, la totalité ou une partie de votre terre?

R. Non. Je n'ai jamais révélé le contenu de mon testament à aucun membre de ma famille.

Q. . . . Keith vous a-t-il jamais demandé si vous alliez lui léguer le quart de section où se trouve la maison?

R. Pas que je me souviene. Il ne m'a pas demandé directement si j'allais faire cela.

Q. Avez-vous jamais, à aucun moment, laissé entendre à Keith qu'à votre avis les sept autres quarts de section valaient cent mille dollars?

R. Non.

Q. Avez-vous jamais dit à Keith que vous lui vendriez les sept autres quarts de section pour cent mille dollars?

R. Non.

Q. Avez-vous jamais dit à Keith que vous rédigeriez un testament en lui laissant la chance d'acheter le reste de la ferme pour cent mille dollars?

R. Non, je n'ai pas révélé le contenu de mon testament.

Huit autres témoins ont déposé pour le père. Lyle Lensen, le frère de Keith, a déclaré:

[TRADUCTION]

R. Le seul arrangement, si j'ai bien compris, qui soit intervenu entre papa et Keith n'était qu'un arrangement pour un tiers-deux tiers de la récolte. C'est le seul arrangement dont j'ai jamais entendu parler.



Linda Speidel, Keith's sister, testified that in the fall of 1980 Keith told her that his father would not let him buy the land. She stated that Keith had never mentioned any agreement to buy the land or any "gift" arrangement. Elmer Irvine, the father's son-in-law, testified that Keith often complained that his father would not sell the land. Nada Irvine, Keith's sister, also testified that Keith had told her that his father would not sell the land to him, and that Keith, discussing the possible purchase of other land, had indicated that he only wanted his father's land. She also testified that Keith had never mentioned the existence of any agreement to sell or gift the land. Doris Lensen, Keith's mother, testified that she had never considered giving up her homestead rights, and that the first she heard of any agreement for sale was in March of 1981. Carole Steiner, Keith's sister, also testified that Keith had told her in the fall of 1980 that his father would not sell the land to him, and that there had been no mention of the land being given to Keith as a gift. Blayne Lensen, Keith's brother, testified that Keith on a number of occasions prior to September 1980 had told him that he wanted but was unable to buy the farm. Blayne Lensen testified that the first time any agreement was mentioned to him was in March of 1981 when he assisted in an attempt to negotiate a cash lease between Keith and his father. Finally, Iris Stack, Keith's sister, testified that over the years there had never been any mention by Keith to her of any gift or sale of the land to him by his father. Much of Keith Lensen's own testimony in this regard was denied by the above witnesses.

Other elements of the evidence given at trial lend credence to the trial judge's conclusion. Maher J. noted that the acts done by the son allegedly in part performance of the agreement were "equally consistent with the lease arrangements that were in place between the parties." It is clear there was evidence on which a trial judge might properly make a finding that there was no agreement as alleged between the father and son.

Linda Speidel, la sœur de Keith, a témoigné qu'à l'automne de 1980 Keith lui avait dit que son père ne voulait pas lui laisser acheter la terre. Elle a affirmé que Keith n'avait jamais mentionné aucune convention d'achat de la terre ni aucun accord de «donation». Elmer Irvine, le gendre du père, est venu déposer que Keith s'était souvent plaint que son père ne voulait pas vendre la terre. Nada Irvine, la sœur de Keith, a aussi témoigné que Keith lui avait dit que son père ne voulait pas lui vendre la terre et que lui, Keith, discutant de la possibilité d'acheter une autre terre, avait indiqué qu'il ne voulait que la terre de son père. D'après elle, Keith n'avait jamais mentionné l'existence d'aucun accord de vente ou de donation de la terre. Doris Lensen, la mère de Keith, a déposé qu'elle n'avait jamais envisagé de renoncer aux droits d'insaisissabilité qu'elle avait sur la maison familiale et que ce n'est qu'en mars 1981 qu'elle avait entendu parler pour la première fois d'une convention de vente quelconque. Carole Steiner, la sœur de Keith, a elle aussi affirmé dans son témoignage que Keith lui avait dit, à l'automne de 1980, que son père ne voulait pas lui vendre sa terre, et qu'il n'avait jamais mentionné que la terre lui serait donnée. Blayne Lensen, le frère de Keith, a témoigné que Keith lui avait dit, à plusieurs reprises avant septembre 1980, qu'il voulait acheter la ferme mais qu'il en était incapable. Blayne Lensen a déclaré qu'on lui a parlé d'une convention pour la première fois en mars 1981, alors qu'il assistait à une tentative de négociation d'un bail avec paiement comptant entre Keith et son père. Enfin, Iris Stack, la sœur de Keith, a déposé qu'au fil des ans Keith ne lui avait jamais mentionné que son père lui donnerait ou vendrait la terre. Une grande partie du propre témoignage de Keith Lensen à cet égard a été réfutée par les témoins précités.

D'autres éléments de la preuve soumise au procès permettent d'ajouter foi à la conclusion du juge de première instance. Le juge Maher a souligné que les actes accomplis par le fils, prétendument à titre d'exécution partielle de la convention, étaient [TRADUCTION] «également compatibles avec les arrangements locatifs intervenus entre les parties.» Il est clair qu'il existait des éléments de preuve en vertu desquels un juge de première

It is equally clear that Maher J. in fact made such a finding.

The question thus arises whether it is proper for the Court of Appeal to reverse a finding of fact made by a judge at first instance. Section 8 of *The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, c. C-42, provides the following:

8. Upon appeal from, or motion against, the order, decision, verdict or decree of a trial judge, or on the rehearing of any cause, application or matter, it shall not be obligatory on the court to grant a new trial, or to adopt the view of the evidence taken by the trial judge, but the court shall act upon its own view of what the evidence in its judgment proves, and the court may draw inferences of fact and pronounce the verdict, decision or order that, in its judgment, the judge who tried the case ought to have pronounced.

Despite its apparently broad language, s. 8 has been given a relatively narrow interpretation. In *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244, at p. 248, the Saskatchewan Court of Appeal itself, *per* Sherstobitoff J.A., addressed the reasons why s. 8 ought to be given a narrow scope:

While, on its face, s. 8 appears to confer not only the power, but a duty to "rehear" or "retry" a case, simple fairness and justice require a court of appeal to recognize that a trial judge has an immense advantage in assessing evidence and arriving at findings of fact as opposed to a court of appeal which is confined to an examination of a cold black and white record of a trial proceeding, completely devoid of the tension, emotion, colour, and atmosphere of a trial, all of which factors are immeasurably important in assisting a trial judge in arriving at his conclusions. It is for these reasons that a court of appeal must extend very substantial deference to the finding of facts of a trial judge. The issue has been considered on many occasions by the Supreme Court of Canada and its decisions bear these principles out.

instance pourrait, à bon droit, conclure que, contrairement à ce qui était allégué, aucune convention n'était intervenue entre le père et le fils. Il est aussi clair que le juge Maher a effectivement tiré cette conclusion.

Se pose donc la question de savoir si la Cour d'appel peut à bon droit infirmer une constatation de fait du juge de première instance. L'article 8 de *The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, chap. C-42, porte:

[TRADUCTION] 8. En cas d'appel interjeté, ou de requête déposée, contre l'ordonnance, la décision, le verdict ou le jugement d'un juge de première instance, ou à la nouvelle audition d'une cause, d'une demande ou d'une affaire, la cour n'est pas tenue d'ordonner un nouveau procès ni d'adopter l'interprétation donnée à la preuve par le juge de première instance, mais elle doit se fonder sur sa propre conception de ce que la preuve démontre à son avis et elle peut faire des déductions de fait et rendre le verdict, la décision ou l'ordonnance qu'elle estime que le juge saisi de l'affaire aurait dû rendre.

Malgré sa formulation apparemment générale, l'art. 8 a reçu une interprétation relativement étroite. Dans l'arrêt *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244, à la p. 248, la Cour d'appel de la Saskatchewan elle-même, par l'intermédiaire du juge Sherstobitoff, traite des raisons pour lesquelles on devrait donner à l'art. 8 une interprétation étroite:

[TRADUCTION] Si, à première vue, l'art. 8 paraît conférer non seulement le pouvoir, mais aussi l'obligation de procéder à une «nouvelle audition» ou à une «nouvelle instruction» d'une affaire, la simple équité et la justice la plus élémentaire requièrent d'un tribunal d'appel qu'il reconnaisse que le juge de première instance a l'immense avantage de pouvoir apprécier les témoignages et de constater les faits, par opposition à un tribunal d'appel, confiné à l'étude froide, sans nuance, du dossier de la première instance, dénué de la tension, de l'émotion, du pittoresque et de l'atmosphère qui ont imprégné le procès et qui sont tous des facteurs incommensurablement importants et si utiles au juge de première instance pour arriver à ses conclusions. C'est pour ces raisons qu'un tribunal d'appel doit traiter avec une grande déférence les constatations de fait du juge de première instance. La Cour suprême du Canada a examiné la question à de nombreuses occasions et ces principes ressortent de ses arrêts.

A similar justification for limiting the scope of appellate review of findings of fact made in the first instance was offered by Lamer J. in *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, at pp. 8-9:

So far as the rules for intervention by a first court of appeal in the findings of fact of a trial judge are concerned, in my opinion, whatever the uncertainty of the rule regarding some of our decisions in recent years . . . the rule is clear with regard to findings based on the credibility of witnesses: an appellate court should not intervene unless it is certain that its difference of opinion with the trial judge is the result of an error by the latter. As he had the benefit of seeing and hearing the witnesses, such certainty will only be possible if the appellate court can identify the reason for this difference of opinion, in order to be certain that it results from an error and not from his privileged position as a trier of fact. If the appellate court cannot thus identify the critical error it must refrain from intervening, unless of course the finding of fact cannot be attributed to this advantage enjoyed by the trial judge, because nothing could have justified the judge's conclusion whatever he saw or heard; this latter category will be identified by the unreasonableness of the trial judge's finding . . .

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": *Stein v. "Kathy K" (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; see also *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. While section 8 of the *Saskatchewan Court of Appeal Act* authorizes the Court of Appeal to "draw inferences of fact", this task must be performed in relation to facts as found by the trial judge. Unless the trial judge has made some "palpable and overriding error" in this regard, s. 8 should not be

Une justification similaire de la limitation de l'étendue du contrôle, en appel, des constatations de fait d'un juge de première instance a été fournie par le juge Lamer dans l'arrêt *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, aux pp. 8 et 9:

Quant aux critères d'intervention d'une première cour d'appel dans les déterminations de fait d'un juge de première instance, quelle que soit, à mon avis, l'incertitude de la règle en regard de certaines de nos décisions ces dernières années [. . .] la règle est certaine en ce qui a trait aux déterminations mettant à contribution la crédibilité des témoins: une cour d'appel ne doit pas intervenir à moins d'être certaine que sa divergence d'opinions avec le premier juge résulte d'une erreur de celui-ci. Comme il a eu l'avantage de voir et d'entendre les témoins, cette certitude ne sera possible que si la Cour d'appel peut identifier la raison de cette divergence d'opinions afin de pouvoir s'assurer qu'elle tient d'une erreur et non pas de sa position privilégiée de juge des faits. Si la Cour d'appel ne peut ainsi identifier l'erreur déterminante elle doit s'abstenir d'intervenir à moins, bien sûr, que la détermination de fait ne puisse tenir de cet avantage parce que quoi qu'ait pu voir et entendre le juge, rien n'aurait pu justifier sa conclusion; elle identifiera cette dernière catégorie du fait que la conclusion du premier juge sera déraisonnable . . .

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»: *Stein c. «Kathy K» (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808; voir aussi *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. Certes, l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* de la Saskatchewan autorise la Cour d'appel à [TRADUCTION] «faire des déductions de fait», mais cela doit être accompli en fonction des faits constatés par le juge de première instance. À moins que le juge de pre-

construed so as to modify the traditional role of the Court of Appeal with respect to those findings.

In the present case, the trial judge was entitled to believe the defendant father's evidence and the evidence of his witnesses and reject the son's testimony and the testimony of his witnesses as to the existence of an oral contract between the parties. With respect, the Court of Appeal erred in two respects: first, in assuming that the trial judge had made no finding on the issue; and, second, by effectively substituting its version of the facts for that given by the trial judge. Since it cannot be said that the trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts, such a substitution cannot fairly be said to fall within the role of the Court of Appeal as set out in s. 8. In my opinion, the appeal ought to be allowed on this basis. The matter should be referred back to the Court of Queen's Bench to deal with the counter-claim, left unaddressed by Maher J., for an accounting and an order for possession of the land.

V

I would allow the appeal, set aside the judgment in the Court of Appeal, refer the matter back to the Court of Queen's Bench, and award costs to the appellant in this Court and in the courts below.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: McKercher, McKercher, Stack, Korchin & Laing, Saskatoon.*

*Solicitors for the respondent: Gauley & Co., Saskatoon.*

mière instance n'ait commis quelque «erreur manifeste et dominante» à cet égard, l'art. 8 ne doit pas être interprété de manière à modifier le rôle joué traditionnellement par la Cour d'appel en ce qui concerne ces constatations.

En l'espèce, le juge de première instance était en droit d'ajouter foi aux dépositions du père défendeur et de ses témoins, et de rejeter celles du fils et des siens, concernant l'existence d'un contrat verbal entre les parties. Malgré tout le respect que je lui dois, la Cour d'appel a tort à deux égards: premièrement, en présument que le juge de première instance n'avait tiré aucune conclusion à ce sujet; et, en second lieu, en substituant effectivement sa version des faits à celle du juge de première instance. Comme on ne peut dire que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits, on ne saurait, en toute justice, considérer qu'une telle substitution est conforme au rôle que l'art. 8 attribue à la Cour d'appel. À mon avis, le pourvoi devrait être accueilli sur ce fondement. L'affaire devrait être renvoyée à la Cour du Banc de la Reine pour qu'elle examine la demande reconventionnelle, non abordée par le juge Maher, visant à obtenir une reddition de comptes et une ordonnance de mise en possession du bien-fonds.

V

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel, de renvoyer l'affaire à la Cour du Banc de la Reine et d'accorder des dépens à l'appelant, en cette Cour et devant les cours d'instance inférieure.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: McKercher, McKercher, Stack, Korchin & Laing, Saskatoon.*

*Procureurs de l'intimé: Gauley & Co., Saskatoon.*

**Steven Arnold Genser** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GENSER

File No.: 19825.

1987: December 4.

Present: McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Conspiracy — Conspiracy to traffic in a narcotic — Directed verdict of acquittal — Whether there was evidence upon which a jury could reasonably have convicted.*

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1986), 39 Man. R. (2d) 203, 27 C.C.C. (3d) 264, allowing the Crown's appeal from a judgment of the Manitoba Court of Queen's Bench (1985), 36 Man. R. (2d) 31, acquitting the accused on a charge of conspiracy to traffic in narcotics. Appeal dismissed.

*Hersh E. Wolch, Q.C.*, for the appellant.

*P. M. Kremer and D. J. Avison*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MCINTYRE J.—This is an appeal as of right. We are all of the view that the Court of Appeal was right in finding on the particular facts of this case that there was evidence upon which a jury, properly instructed, could reasonably have convicted. Accordingly, the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Wolch, Pinx, Tapper & Scurfield, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.*

**Steven Arnold Genser** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. GENSER

N° du greffe: 19825.

1987: 4 décembre.

<sup>b</sup> Présents: Les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

<sup>c</sup> *Droit criminel — Complot — Complot en vue de faire le trafic de stupéfiants — Verdict d'acquiescement imposé — Y avait-il des éléments de preuve en fonction desquels un jury pouvait raisonnablement prononcer une déclaration de culpabilité?*

<sup>d</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1986), 39 Man. R. (2d) 203, 27 C.C.C. (3d) 264, qui a accueilli un appel interjeté par le ministère public contre un jugement de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba (1985), 36 Man. R. (2d) 31, qui avait acquitté l'accusé relativement à une accusation de complot en vue de faire le trafic de stupéfiants. Pourvoi rejeté.

<sup>f</sup> *Hersh E. Wolch, c.r.*, pour l'appellant.

*P. M. Kremer et D. J. Avison*, pour l'intimée.

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

<sup>h</sup> LE JUGE MCINTYRE—La Cour est saisie de ce pourvoi de plein droit. Nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel a eu raison de conclure que, vu les faits particuliers de l'espèce, il y avait des éléments de preuve permettant raisonnablement à un jury ayant reçu des directives appropriées de rendre un verdict de culpabilité. Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

<sup>i</sup> *Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant: Wolch, Pinx, Tapper & Scurfield, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.*

**Ann Colgan Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. COLGAN

File No.: 20170.

1987: December 4.

Present: McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Information — Sufficiency — Theft — Whether the information met the requirements of s. 510(3) of the Criminal Code.*

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 510(3).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1986), 43 Man. R. (2d) 101, 30 C.C.C. (3d) 183, allowing the Crown's appeal from an order of Martin Prov. Ct. J. quashing a charge of theft. Appeal dismissed.

*Donald MacIver*, for the appellant.

*E. Phillip Schachter*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MCINTYRE J.—This is an appeal as of right. We all agree with the majority of the Court of Appeal that the information meets the requirements of s. 510(3) of the *Criminal Code*. The appeal is, accordingly, dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: McRoberts, MacIver, Rutley, Cudney, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General, Winnipeg.*

**Ann Colgan Appelante**

c.

**Sa Majesté La Reine Intimée**<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. COLGAN

N° du greffe: 20170.

1987: 4 décembre.

<sup>b</sup> Présents: Les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

<sup>c</sup> *Droit criminel — Dénonciation — Caractère suffisant — Vol — La dénonciation satisfait-elle aux exigences de l'art. 510(3) du Code criminel?*

**Lois et règlements cités**<sup>d</sup> *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 510(3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1986), 43 Man. R. (2d) 101, 30 C.C.C. (3d) 183, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre une ordonnance du juge Martin de la Cour provinciale qui avait annulé une accusation de vol. Pourvoi rejeté.

*Donald MacIver*, pour l'appelante.

<sup>f</sup> *E. Phillip Schachter*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>g</sup> LE JUGE MCINTYRE—La Cour est saisie de ce pourvoi de plein droit. Nous partageons l'avis de la majorité en Cour d'appel selon lequel la dénonciation remplit les exigences du par. 510(3) du *Code criminel*. Le pourvoi est donc rejeté.

<sup>h</sup> *Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante: McRoberts, MacIver, Rutley, Cudney, Winnipeg.*

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

**The Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Glen Howard** *Respondent*INDEXED AS: HOWARD *v.* STONY MOUNTAIN  
INSTITUTION INMATE DISCIPLINARY COURT

File No.: 19327.

1987: December 9.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre,  
Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest and  
L'Heureux-Dubé JJ.ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL*Appeal — Academic issue — Appeal quashed.*

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1984] 2 F.C. 642, 19 D.L.R. (4th) 502, 19 C.C.C. (3d) 195, 17 C.R.R. 5, 45 C.R. (3d) 242, 57 N.R. 280, allowing respondent's appeal from a judgment of the Trial Division (1983), 4 D.L.R. (4th) 147, 8 C.C.C. (3d) 557, 8 C.R.R. 301, dismissing respondent's application for prohibition. Appeal quashed.

*Duff Friesen, Q.C.*, and *Brian Hay*, for the appellant.

*Brian A. Crane, Q.C.*, and *A. Peltz*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal is moot by reason of three factors, two of which arose after leave to appeal was granted. The cumulative effect of these factors is such that the Court in its discretion quashes the appeal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Frank Iacobucci, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Judy Elliott, Winnipeg.*

**Le procureur général du Canada** *Appellant*

c.

**Glen Howard** *Intimé*

<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: HOWARD *c.* TRIBUNAL DISCIPLINAIRE  
DES DÉTENUÉS DE L'ÉTABLISSEMENT DE STONY  
MOUNTAIN

N° du greffe: 19327.

<sup>b</sup> 1987: 9 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,  
Estey, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain, La Forest et  
L'Heureux-Dubé.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Appel — Question théorique — Appel annulé.*

<sup>d</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel  
fédérale, [1984] 2 C.F. 642, 19 D.L.R. (4th) 502,  
19 C.C.C. (3d) 195, 17 C.R.R. 5, 45 C.R. (3d)  
242, 57 N.R. 280, qui a accueilli l'appel interjeté  
par l'intimé contre un jugement de la Division de  
première instance (1983), 4 D.L.R. (4th) 147, 8  
C.C.C. (3d) 557, 8 C.R.R. 301, qui avait rejeté  
une demande de prohibition présentée par l'intimé.  
Poursuivi annulé.

<sup>f</sup> *Duff Friesen, c.r.*, et *Brian Hay*, pour l'appellant.

*Brian A. Crane, c.r.*, et *A. Peltz*, pour l'intimé.

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

<sup>h</sup> LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi est devenu théo-  
rique en raison de trois facteurs dont deux sont  
postérieurs à l'autorisation de pourvoi. Leur effet  
cumulatif est tel que la Cour, exerçant son pouvoir  
discrétaire, annule le pourvoi.

*Jugement en conséquence.*

<sup>i</sup> *Procureur de l'appellant: Frank Iacobucci, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé: Judy Elliott, Winnipeg.*

**Jean-François Rubio Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. RUBIO

File No.: 19399.

1987: December 11.

Present: Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Appeal by the Crown — Question of law alone — Intent — Verdict of manslaughter set aside on appeal and new trial ordered on original charge of second-degree murder — Accused's intent a question of fact — Verdict of manslaughter reinstated.*

**Cases Cited**

**Followed:** *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1985] C.A. 368, allowing the Crown's appeal from a verdict of manslaughter against the accused and ordering a new trial on the original charge of second-degree murder. Appeal allowed.

*Richard Perras*, for the appellant.

*Gilles Lahaie*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

BEETZ J.—In light of *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592, delivered after the judgment of the Quebec Court of Appeal;

And in light of the fact that, in any event, there is other evidence in the record that would also permit the jury to arrive at a verdict of manslaughter;

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside, the verdict of man-

**Jean-François Rubio Appellant**

c.

**Sa Majesté La Reine Intimée**

a

RÉPERTORIÉ: R. c. RUBIO

N° du greffe: 19399.

1987: 11 décembre.

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 — Appel du ministère public — Question de droit seulement — Intention — Verdict d'homicide involontaire coupable annulé en appel et nouveau procès ordonné sur l'accusation originale de meurtre au deuxième degré — L'intention de l'accusé est une question de fait — Verdict d'homicide involontaire coupable rétabli.*

d

**Jurisprudence**

e

**Arrêt suivi:** *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1985] C.A. 368, qui a accueilli l'appel du ministère public à l'encontre du verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable prononcé contre l'accusé et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation originale de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli.

g

*Richard Perras*, pour l'appelant.

*Gilles Lahaie*, pour l'intimée.

h

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

h

LE JUGE BEETZ—Vu l'arrêt *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592, rendu depuis l'arrêt de la Cour d'appel du Québec;

i

Vu que de toute façon, il y a d'autres éléments de preuve au dossier qui permettraient également au jury d'arriver à un verdict d'homicide involontaire coupable;

j

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé, le verdict d'homicide involontaire



slaughter is reinstated and the case is referred back to the Court of Appeal for determination of the appeal of the sentence.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Chalifoux, Perras & Associés, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Gilles Lahaie, St-Jérôme.*

est rétabli et le dossier est retourné à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur l'appel de sentence.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant: Chalifoux, Perras & Associés, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: Gilles Lahaie, St-Jérôme.*

**Daniel St-Pierre** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and between

**Sylvain Boucher** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and between

**Luc Richard** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and between

**Jean-Yves Lahaie** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ST-PIERRE

File Nos.: 19075, 19076, 19077, 19078.

1987: December 15.

Present: Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Narcotics — Possession of a narcotic for the purpose of trafficking — Nature of the substance seized — Procedure of analysis — "Evidence to the contrary" within the meaning of s. 9 of the Narcotic Control Act — Trial judge erred as to the scope of the Oliver case.*

**Cases Cited**

Referred to: *Oliver v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 240.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1984] C.A. 411, allowing the Crown's appeals from the acquittals of the accused and ordering new trials. Appeals dismissed.

**Daniel St-Pierre** *Appelant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

et entre

**Sylvain Boucher** *Appelant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

et entre

**Luc Richard** *Appelant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

et entre

**Jean-Yves Lahaie** *Appelant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ST-PIERRE

N<sup>o</sup> du greffe: 19075, 19076, 19077, 19078.

1987: 15 décembre.

Présents: Les juges Beetz, Lamer, Le Dain, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Stupéfiants — Possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic — Nature de la substance saisie — Procédure d'analyse — «Preuve contraire» au sens de l'art. 9 de la Loi sur les stupéfiants — Erreur du juge du procès relativement à la portée de l'arrêt Oliver.*

**Jurisprudence**

Arrêt mentionné: *Oliver c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 240.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1984] C.A. 411, qui a accueilli les appels interjetés par le ministère public à l'encontre des acquittements des accusés et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvois rejetés.

*Jean Gobeil and Pierre Dugré, for the appellants.*

*Claude Bélanger, Q.C., for the respondent.*

English version of the judgment of the Court delivered orally by

BEETZ J.—It will not be necessary to hear you Mr. Bélanger.

We are all of the view that these appeals should be dismissed.

In agreement with the reasons of LeBel J.A., we are of the view that the trial judge erred in law in considering that the judgment *Oliver v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 240, had established binding standards which he had to follow.

Moreover, we are in agreement with the reasons of Vallerand J.A. when he said: [TRANSLATION] “The trial judge based his decision on the existence of a reasonable doubt with regard to essential facts though, in the course of the trial, he had indicated he was satisfied by the proof of the same facts and as against the Crown, had decisively put an end to it.”

The appeals are dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellants: Jean Gobeil, Montréal; Pierre Dugré, Shawinigan.*

*Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.*

*Jean Gobeil et Pierre Dugré, pour les appelants.*

*Claude Bélanger, c.r., pour l'intimée.*

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE BEETZ—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M<sup>c</sup> Bélanger.

Nous sommes tous d'opinion que les pourvois doivent être rejetés.

D'accord avec le juge LeBel de la Cour d'appel, nous sommes d'avis que le juge de première instance a erré en droit en considérant que l'arrêt *Oliver c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 240, avait fixé des normes à suivre qui le liaient.

De surcroît, nous sommes d'accord avec les motifs du juge Vallerand lorsqu'il dit: «Le premier juge a statué au motif d'un doute raisonnable quant à certains faits essentiels alors qu'il s'était, en cours d'enquête, déclaré convaincu par la preuve de ces mêmes faits et y avait, à l'encontre du ministère public, péremptoirement mis un terme».

Les pourvois sont rejetés.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs des appelants: Jean Gobeil, Montréal; Pierre Dugré, Shawinigan.*

*Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.*

**Tasar Uddin** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. UDDIN

File No.: 19362.

1987: December 17.

Present: Dickson C.J. and Estey, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Appeal as of right — Dissent in the Court of Appeal not on a question of law.*

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal rendered April 19, 1985, dismissing an appeal from the accused's conviction on a charge of attempting to set fire to a dwelling-house. Appeal dismissed.

*Ellen Gordon and David Margolis*, for the appellant.

*Don Melnyk*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—This is an appeal as of right. We are all of the view that no point of law is raised. The appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Simkin, Gallagher, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

**Tasar Uddin** *Appelant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. UDDIN

N° du greffe: 19362.

1987: 17 décembre.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

<sup>c</sup> *Droit criminel — Pourvoi de plein droit — La dissidence en Cour d'appel ne porte pas sur une question de droit.*

<sup>d</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba rendu le 19 avril 1985, qui a rejeté un appel à l'encontre de la déclaration de culpabilité de l'accusé relativement à une accusation de tentative d'incendie d'une maison d'habitation. Pourvoi rejeté.

<sup>e</sup> *Ellen Gordon et David Margolis*, pour l'appelant.

*Don Melnyk*, pour l'intimée.

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

<sup>g</sup> LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi nous est soumis de plein droit. Nous sommes tous d'avis qu'aucune question de droit n'est en cause. Le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

<sup>h</sup> *Procureurs de l'appelant: Simkin, Gallagher, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

**Tracie Marie Urbanovich** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. URBANOVICH

File No.: 19308.

1987: December 16.

Present: Dickson C.J. and Estey, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Appeal as of right — Accused convicted of criminal negligence causing death — Conviction affirmed by a majority of the Court of Appeal — Appeal to the Supreme Court of Canada only an invitation to review the sufficiency of the evidence — Appeal dismissed.*

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1985), 31 Man. R. (2d) 268, 19 C.C.C. (3d) 43, dismissing the accused's appeal from her conviction by Lockwood Co. Ct. J. (1983), 22 Man. R. (2d) 166, for criminal negligence causing death. Appeal dismissed.

*David Margolis and Ellen Gordon, for the appellant.*

*J. G. Dangerfield, Q.C., for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—This is an appeal as of right. This is not a case of “no evidence” in support of the trial judge's findings of fact and the appeal is essentially an invitation to this Court to review the sufficiency of the evidence. This we may not do and therefore the appeal must be dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Simkin, Gallagher, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General, Winnipeg.*

**Tracie Marie Urbanovich** *Appelante*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. URBANOVICH

N° du greffe: 19308.

1987: 16 décembre.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

<sup>c</sup> *Droit criminel — Pourvoi de plein droit — Accusé déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort — Déclaration de culpabilité confirmée par la Cour d'appel à la majorité — Pourvoi en Cour suprême du Canada ne constituant qu'une invitation à examiner le caractère suffisant de la preuve — Pourvoi rejeté.*

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1985), 31 Man. R. (2d) 268, 19 C.C.C. (3d) 43, qui a rejeté l'appel d'une accusée à l'encontre de sa déclaration de culpabilité par le juge Lockwood de la Cour de comté (1983), 22 Man. R. (2d) 166, de négligence criminelle causant la mort. Pourvoi rejeté.

<sup>f</sup> *David Margolis et Ellen Gordon, pour l'appelante.*

*J. G. Dangerfield, c.r., pour l'intimée.*

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

<sup>h</sup> LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi nous est soumis de plein droit. Il ne s'agit pas d'une affaire où «aucun élément de preuve» ne venait appuyer les conclusions de fait du juge du procès et par le pourvoi la Cour est essentiellement invitée à examiner si la preuve est suffisante. Nous ne pouvons pas faire cela et, par conséquent, le pourvoi est rejeté.

<sup>i</sup> *Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante: Simkin, Gallagher, Winnipeg.*

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

**A. Irvine Barrow** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BARROW

File No.: 19086.

1987: March 25, 26; 1987: December 17.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

*Criminal law — Juries — Empanelling — Procedure — Members of jury array queried following arraignment and plea to determine if they should be excused because of connection to the case or partiality due to pre-trial publicity — Screening conducted privately between judge and juror in open court but accused and counsel unable to hear — Accused permitted to challenge for cause the remaining jurors — Whether or not procedure improper — If so, whether or not appellant's trial vitiated so that appeal from conviction should be allowed — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 110(1)(d), 423(1)(d), 558, 567, 569(2), 573, 577, 598, 599, 600, 613(1)(b)(iii) — Juries Act, S.N.S. 1969, c. 12, ss. 1(m), 4(2).*

*Criminal law — Conspiracy to gain contributions for governing party through influence peddling — Whether or not political party a "person" — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 110(1)(d).*

*Criminal law — Evidence of conspiracy — Hearsay rule and exception in cases of conspiracy — Whether or not judge's instructions correct.*

*Evidence — Good character evidence — Relevance to decision — Whether or not judge's instructions correct.*

The judge, at the trial of appellant and two others for criminal conspiracy to raise funds for a political party then in power through their influence with the government, invited members of the jury panel to claim exemptions from jury service on grounds which included partiality as between the Crown and the accused. The claims of the individual claimants were considered in open court but out of the hearing of the accused and his counsel. Thirty-six exemptions were granted from the eighty-three member panel; the trial judge indicated

**A. Irvine Barrow** *Appelant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. BARROW

N° du greffe: 19086.

1987: 25, 26 mars; 1987: 17 décembre.

b

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

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

c

*Droit criminel — Jury — Formation du jury — Procédure — Interrogatoire de membres du tableau des jurés après l'interpellation et le plaidoyer en vue de décider de l'opportunité de les libérer pour cause de liens avec l'affaire ou de partialité due à la publicité*

d

*ayant précédé le procès — Sélection effectuée privément entre le juge et le juré, dans la salle d'audience mais sans que l'accusé et son avocat puissent entendre — Accusé autorisé à demander la récusation motivée des jurés restants — La procédure est-elle irrégulière?*

e

*Dans l'affirmative, le procès de l'appelant est-il entaché de nullité de sorte que le pourvoi formé contre la déclaration de culpabilité devrait être accueilli? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 110(1)(d), 423(1)(d), 558, 567, 569(2), 573, 577, 598, 599, 600, 613(1)(b)(iii), — Juries Act, S.N.S. 1969, chap. 12, art. 1m), 4(2).*

f

*Droit criminel — Complot pour obtenir des contributions au profit du parti au pouvoir en recourant à un trafic d'influence — Un parti politique est-il une «personne»? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 110(1)(d).*

g

*Droit criminel — Preuve d'un complot — Règle du oui-dire et exception dans les cas de complot — Les directives du juge étaient-elles appropriées?*

h

*Preuve — Preuve de bonne moralité — Pertinence — Les directives du juge étaient-elles appropriées?*

i

Le juge, au procès de l'appelant inculpé, comme ses deux coaccusés, de complot criminel pour recueillir des fonds pour le parti politique au pouvoir, grâce à leur influence auprès du gouvernement, a invité les membres du tableau des jurés à demander des dispenses afin de ne pas avoir à exercer la fonction de jurés, notamment pour cause de partialité envers le ministère public ou l'accusé.

j

Les demandes de dispense individuelles ont été examinées à l'audience, mais sans que l'accusé et son avocat puissent entendre ce qui se disait. Des quatre-vingt-trois

that some question existed as to the impartiality of at least four jurors. The jury, selected from the remaining panel, found the accused guilty. The Appeal Division dismissed his appeal from conviction.

The grounds of appeal raised here were: (1) whether or not the Appeal Division erred in holding that the trial judge's examination under oath of members of the jury panel in the absence of the appellant and his counsel did not vitiate the appellant's trial; (2) whether or not the Appeal Division erred in holding that the political party was a "person" within the meaning of s. 110(1)(d) of the *Criminal Code*; (3) whether or not the trial judge's instructions to the jury referable to the co-conspirators' exception to the hearsay rule were correct; (4) whether or not miscarriage of justice has been occasioned as a result of the trial judge's failure to instruct the jury as to the use, in law, that could be made of evidence of appellant's good character.

*Held* (McIntyre and Le Dain JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Dickson C.J. and Beetz, Estey, Wilson and La Forest JJ.: Section 577 of the *Criminal Code* should be given an expansive reading; the words "whole of the trial" mean just that. Because of the fundamental importance of the selection of the jury and because the *Criminal Code* gives the accused the right to participate in the process, the jury selection should be considered part of the trial for the purposes of s. 577(1). The exemptions granted by the trial judge here did not constitute an in-court extension of the pre-trial process contemplated in s. 577(1).

In jury selection, the provincial power for the administration of justice stops and the federal power over criminal procedure begins when the judge's activity is not concerned with the assembly of an array of eligible citizens but rather with the precautions necessary to ensure an impartial jury. The Nova Scotia *Juries Act* is consistent with this interpretation of the scope of the provincial power. The balance of the *Criminal Code*'s comprehensive scheme, which is designed to ensure as fair a jury as is possible and to ensure that the parties and the public at large are convinced of its impartiality, would be upset by an addition from another source. The province cannot give the judge any power to make decisions as to partiality and any judge who attempts to participate in such decisions usurps the function of the jurors established by s. 569(2). Usurpation of this sort is so severe an error of law by the judge

membres du tableau, trente-six ont obtenu des dispenses; le juge de première instance a fait savoir que l'impartialité d'au moins quatre jurés pouvait être en cause. Le jury, formé à même le tableau restant, a reconnu l'accusé coupable. La Division d'appel a rejeté l'appel qu'il avait interjeté de la déclaration de culpabilité.

Voici les moyens invoqués en l'espèce: (1) la Division d'appel a-t-elle eu tort de juger que l'interrogatoire sous serment de membres du tableau des jurés auquel a procédé le juge de première instance en l'absence de l'appelant et de son avocat n'entachait pas de nullité le procès de l'appelant? (2) la Division d'appel a-t-elle eu tort de juger que le parti politique en cause était «une personne» au sens de l'al. 110(1)d) du *Code criminel*? (3) les directives du juge de première instance au jury, au sujet de l'exception à la règle du ouï-dire dans le cas des parties à un complot, étaient-elles appropriées? (4) une erreur judiciaire a-t-elle résulté de l'absence de directives du juge de première instance au jury sur l'usage qui, en droit, pouvait être fait de la preuve de bonne moralité de l'appelant?

*Arrêt* (les juges McIntyre et Le Dain sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, Wilson et La Forest: L'article 577 du *Code criminel* devrait recevoir une interprétation large; les termes «pendant tout son procès» signifient cela justement. Vu l'importance fondamentale de la sélection du jury et vu aussi que le *Code criminel* confère à l'accusé le droit de participer à ce processus, la sélection du jury devrait être considérée comme une partie intégrante du procès pour les fins du par. 577(1). Les dispenses accordées par le juge dans cette affaire ne constituaient pas un prolongement dans la salle d'audience de la procédure préparatoire au procès prévue par le par. 577(1).

Dans le cas de la sélection du jury, la compétence provinciale en matière d'administration de la justice cesse et la compétence fédérale en matière de procédure criminelle commence lorsque les actes du juge concernent non plus la constitution d'un tableau de citoyens admissibles, mais plutôt les précautions qu'il est nécessaire de prendre pour s'assurer de l'impartialité du jury. La *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse est compatible avec cette interprétation de l'étendue de la compétence provinciale. L'équilibre du système complet établi par le *Code criminel* dans le but d'assurer qu'un jury sera aussi neutre que possible et de garantir que les parties et le public en général seront convaincus de son impartialité, serait perturbé par toute addition provenant d'une autre source. La province ne peut confier au juge le pouvoir de décider de la partialité ou de l'impartialité et tout juge qui tente de participer à de telles décisions usurpe la

that it mandates a new trial, even if no prejudice to the accused can be shown.

Both the accused and the public must perceive the proceedings to be fair; both would have difficulty seeing a private conference between judge and juror after the charges had been read and a plea entered as an administrative matter that did not affect the accused's right to a fair trial. The decision should not turn solely on the technical definition of when the trial began. Even if the excusal can be seen as a purely administrative act, the public expectation of the judicial role in these circumstances requires the judge to execute the administrative task judicially. The judge must allow counsel to participate and the public to know the reasons for the decision.

Sections 598, 599 and 600 do not apply here. The import of ss. 598 and 599 is that an irregularity of form which does not affect the substance of a trial cannot be used to challenge the result. These sections cannot cure doubts as to the impartiality of the jury and the appearance of justice. Section 569(2) requires all questions of partiality to be decided by the two jurors sworn for that purpose, and accordingly, s. 600 does not authorize the judge to perform this function.

All of the jurors excused on grounds of partiality cannot be assumed to be partial to the Crown. The grounds of partiality the trial judge used to exclude them were not known and could only be a matter of speculation. The trial judge's screening, too, could not be assumed to have helped the accused without impairing the ability to challenge for cause later. It is quite possible that jurors partial to the Crown or accused could have slipped through the screening process.

*Per McIntyre and Le Dain JJ. (dissenting):* The appellant was not present at the selection of panel members prior to jury selection in that neither he nor his counsel was permitted to hear the examination.

The examination of the panel members claiming exemption was not conducted "during" the trial. While anything that occurs in the course of the courtroom proceedings which could involve the accused's vital interests should constitute part of the trial, not every step in the long process leading to the ultimate verdict will be

fonction de juré établie par le par. 569(2). Une usurpation de ce genre constitue une erreur de droit si grave de la part du juge, qu'elle oblige à ordonner un nouveau procès, même s'il est impossible de démontrer l'existence d'un préjudice pour l'accusé.

*a* L'accusé et le public doivent avoir l'impression que la procédure est équitable; ils verraient difficilement dans les échanges à voix basse du juge et d'un juré, après l'interpellation et l'inscription d'un plaidoyer, une question administrative qui n'influe pas sur le droit de l'accusé à un procès équitable. La décision ne saurait être fondée uniquement sur la définition technique du moment où commence le procès. Même si la libération d'un juré peut être perçue comme un acte purement administratif, les attentes du public en ce qui concerne la fonction judiciaire dans ces circonstances exigent que le juge exerce judiciairement cette tâche administrative. Le juge doit autoriser la participation des avocats et permettre au public de connaître les motifs de sa décision.

*d* Les articles 598, 599 et 600 ne s'appliquent pas ici. Les articles 598 et 599 signifient qu'on ne peut avoir recours à un vice de forme qui n'a pas influé sur le fond du procès pour en contester le résultat. Ces articles ne remédient pas aux doutes soulevés quant à l'impartialité du jury ni quant à savoir si justice paraît avoir été rendue. En vertu du par. 569(2), toutes les questions de partialité doivent être tranchées par deux jurés assermentés à cette fin; par conséquent, l'art. 600 n'autorise pas le juge à exercer cette fonction.

*e* Il ne peut être présumé que tous les jurés libérés pour cause de partialité étaient partiaux en faveur du ministère public. Les motifs de partialité pour lesquels le juge a exclu les jurés ne sont pas connus et ne peuvent que faire l'objet de conjectures. Il ne peut être présumé non plus que le tamisage par le juge a aidé l'accusé sans nuire à un exercice ultérieur du droit de récusation motivée. Il est fort possible que le processus de tamisage n'ait pas permis d'écartier certains jurés favorables au ministère public ou à l'accusé.

*f* *h* Les juge McIntyre et Le Dain (dissidents): L'appellant n'était pas présent à la sélection du tableau des membres en vue de la sélection du jury, puisque ni lui ni son avocat n'ont pu entendre ce qui se disait lors de l'interrogatoire.

*i* L'interrogatoire des membres du tableau qui demandaient une dispense n'a pas eu lieu «pendant» le procès. Si tout événement survenu à l'audience qui est susceptible de mettre en cause les intérêts vitaux de l'accusé devrait faire partie intégrante du procès, ce ne sont pas toutes les étapes du long processus qui conduit ultime-



part of the trial for the purposes of s. 577. The accused's rights under s. 577 of the *Criminal Code* will be violated if the trial judge examines a juror for partiality in the absence of the accused after the jury has been empanelled. But, the situation is profoundly different if the trial judge examines jurors for partiality prior to the jury selection process under the *Code*.

There are two distinct steps involved in providing a jury to try an individual case. The first, which involves assembling the jury panel from which individual juries are to be selected, is governed by provincial law. The accused has no interest in the process, save the interest of any citizen in the due administration of the law. The second is governed by ss. 558 to 571 of the *Code* and involves the selection from the jury panel of a jury to try a particular case. The course taken by the trial judge was quite proper for his inquiry of panel members was part of the first step of the jury process and could not affect the vital interests of the accused touching on the question of guilt or innocence.

The word "person" in s. 110(1)(d) of the *Criminal Code* must be read in the light of s. 2 of the *Code*. The Nova Scotia Liberal Association clearly falls within the meaning of "society" found in that section and accordingly is a person for the purposes of s. 110(1)(d).

The evidence directly admissible against each of the three conspirators differed in some particulars. There was evidence upon which the jury could conclude that a conspiracy did exist and much of the evidence, as it would apply to each individual charged, would be hearsay. The hearsay exception was therefore available to the Crown if the jury, on a consideration of the evidence directly admissible against each individual, had reached a conclusion as to membership in the conspiracy in respect of each of the accused. The jury was properly instructed as to their duties in this respect.

Evidence of appellant's good reputation and character was clearly put before the jury and was emphasized and given fair treatment by the trial judge. While not directly stated by the trial judge, the jury must have been aware that they could consider the evidence as relevant to show that the appellant was not likely to have committed the crime with which he was charged. No miscarriage of justice occurred with respect to the charge as a whole because of what at best was a technical non-direction.

ment au verdict, qui font partie du procès aux fins de l'art. 577. Les droits que confère à l'accusé l'art. 577 du *Code criminel* seront violés si le juge de première instance interroge un juré afin de vérifier son impartialité, en l'absence de l'accusé et après la formation du jury. Mais la situation est fort différente si le juge interroge des jurés afin de vérifier leur impartialité, avant la sélection du jury selon la procédure prévue par le *Code*.

La formation d'un jury chargé d'entendre une affaire donnée comporte deux étapes distinctes. La première étape, qui consiste à constituer le tableau à partir duquel sera sélectionné chaque juré, est régie par la loi provinciale. L'accusé n'a d'autre intérêt dans cette procédure que celui que tout citoyen a dans la bonne application de la loi. La seconde étape est régie par les art. 558 à 571 du *Code* et consiste à sélectionner, à même le tableau des jurés, un jury chargé d'entendre une affaire donnée. La ligne de conduite adoptée par le juge de première instance était tout à fait régulière, car son interrogatoire des membres du tableau faisait partie de la première étape du processus de formation du jury et n'avait pas d'incidence sur l'intérêt vital de l'accusé quant à la question de sa culpabilité ou de son innocence.

Le terme «personne», à l'al. 110(1)d) du *Code criminel*, doit être interprété en fonction de l'art. 2 du *Code*. L'Association libérale de la Nouvelle-Écosse est clairement visée par le terme «société» que l'on trouve à cet article et, par conséquent, elle est une personne pour les fins de l'al. 110(1)d).

Les éléments directement admissibles contre chacune des trois parties au complot différaient à certains égards. Il y avait des éléments de preuve qui permettaient au jury de conclure qu'il y avait bien eu complot et une grande partie des éléments de preuve produits, en ce qui concerne chaque individu inculpé, était du ouï-dire. Le ministère public pouvait donc se prévaloir de l'exception à la règle du ouï-dire si le jury, après examen des éléments de preuve directement admissibles contre chaque individu, avait conclu, relativement à chaque accusé, qu'il était partie au complot. Le jury a reçu des directives appropriées quant à ses fonctions à cet égard.

Le jury a été clairement saisi de la preuve de la bonne réputation et moralité de l'appellant et le juge de première instance l'a soulignée et traitée équitablement. Bien que le juge de première instance ne l'ait pas affirmé directement, le jury doit avoir eu conscience qu'il lui était loisible de juger que cette preuve démontrait qu'il était peu vraisemblable que l'appellant ait commis le crime dont il était accusé. Il n'y a pas eu erreur judiciaire sur l'ensemble des directives par suite de ce qui, au mieux, n'était qu'une absence technique de directive.

**Cases Cited**

By Dickson C.J.

**Considered:** *Basarabas and Spek v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 730; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510, leave to appeal refused, [1982] 2 S.C.R. x; *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2, aff'g [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155; **distinguished:** *R. v. Hubbert*, [1977] 2 S.C.R. 267, aff'g (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; **referred to:** *Guérin v. R.*, [1984] C.A. 305, 13 C.C.C. (3d) 231; *R. v. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281; *R. v. Battista* (1912), 21 C.C.C. 1; *R. v. Stewart*, [1932] S.C.R. 612; *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] Que. Q.B. 94n, aff'd [1966] S.C.R. 399; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *R. v. Elliot*, [1973] 3 O.R. 475.

By McIntyre J. (dissenting)

*R. v. Lee Kun*, [1916] 1 K.B. 337; *Basarabas and Spek v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 730; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2, aff'g [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *Frisco v. The Queen*, [1971] C.A. 176, 14 C.R.N.S. 194; *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; *R. v. Makow* (1974), 20 C.C.C. (2d) 513; *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525; *Guimond v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 960; *Director of Public Prosecutions v. Shannon*, [1975] A.C. 717; *R. v. Khan* (1982), 66 C.C.C. (2d) 32.

**Statutes and Regulations Cited**

*Constitution Act, 1867*, ss. 91(27), 92(14).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 110(1)(d), 423(1)(d), 554, 558, 560(5), 567, 569(2), 572(1), 573, 577, 598, 599, 600, 613(1)(b)(iii), 618(1)(b).  
*Juries Act*, S.N.S. 1969, c. 12, ss. 1(m), 4(1), (2).

**Authors Cited**

Practice Direction, [1973] 1 All E.R. 240.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1984), 65 N.S.R. (2d) 1, 147 A.P.R. 1, 14 C.C.C. (3d) 470, dismissing an appeal from conviction by Burchell J. sitting with jury. Appeal allowed, (McIntyre and Le Dain JJ. dissenting).

*Austin M. Cooper, Q.C.*, and *Mark J. Sandler*, for the appellant.

**Jurisprudence**

Citée par le juge en chef Dickson

**Arrêts examinés:** *Basarabas et Spek c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 730; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510, autorisation de pourvoi refusée, [1982] 2 R.C.S. x; *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2, conf. [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Hubbert*, [1977] 2 R.C.S. 267, conf. (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; **arrêts mentionnés:** *Guérin c. R.*, [1984] C.A. 305, 13 C.C.C. (3d) 231; *R. v. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281; *R. v. Battista* (1912), 21 C.C.C. 1; *R. v. Stewart*, [1932] R.C.S. 612; *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] B.R. 94n, conf. [1966] R.C.S. 399; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *R. v. Elliot*, [1973] 3 O.R. 475.

Citée par le juge McIntyre (dissident)

*R. v. Lee Kun*, [1916] 1 K.B. 337; *Basarabas et Spek c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 730; *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510; *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2, conf. [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155; *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109; *Frisco v. The Queen*, [1971] C.A. 176, 14 C.R.N.S. 194; *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; *R. v. Makow* (1974), 20 C.C.C. (2d) 513; *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525; *Guimond c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 960; *Director of Public Prosecutions v. Shannon*, [1975] A.C. 717; *R. v. Khan* (1982), 66 C.C.C. (2d) 32.

f

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 110(1)d, 423(1)d, 554, 558, 560(5), 567, 569(2), 572(1), 573, 577, 598, 599, 600, 613(1)(b)(iii), 618(1)(b).  
*Juries Act*, S.N.S. 1969, chap. 12, art. 1m), 4(1), (2).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27), 92(14).

**Doctrine citée**

h Practice Direction, [1973] 1 All E.R. 240.

POURVOI contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1984), 65 N.S.R. (2d) 1, 147 A.P.R. 1, 14 C.C.C. (3d) 470, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Burchell siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, les juges McIntyre et Le Dain sont dissidents.

j *Austin M. Cooper, c.r.*, et *Mark J. Sandler*, pour l'appelant.

*Kenneth W. F. Fiske, and John D. Embree, for the respondent.*

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, Estey, Wilson and La Forest JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The principal issue in this appeal, and the only issue with which I intend to deal at length, is whether the examination under oath of the jury panel by the trial judge in the absence of the appellant and his counsel, respecting potential claims for exemption from jury duty, vitiated the appellant's trial.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, Justice McIntyre, and I agree with his statement of the facts.

I

#### The Jury Selection

At the opening of the trial the appellant was arraigned before an assembled jury panel and entered a plea of not guilty on the charge before the court. The trial judge then, in the following terms, invited the members of the jury panel to claim exemptions on grounds which included potential partiality:

Members of the jury panel, you've just witnessed the procedure under which the two accused persons in this case, have been arraigned and you've heard the charge against them, and you've also heard their pleas of not guilty to the charge, in each case. Now, we will later this morning, be proceeding to select a Jury of twelve, who will try this case, which I may say, is the only case on the docket for which you have been called. It's usual at this time, however, to invite members of the jury panel to come forward and claim exemption if there's any circumstance, such as relationship to one of the accused, or other involvement with the case, that would prevent the Juror from serving impartially in the case. To that usual call for exemption claims, there are several matters I must add in this case. The first is, that there has been in the press and in the broadcast media considerable publicity about this case and I advise you that if exposure to that publicity in your opinion, would operate to prevent you from being impartial in this case, then you should come forward on that ground, as well as others I've mentioned and claim exemption, and the

*Kenneth W. F. Fiske, et John D. Embree, pour l'intimée.*

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, Estey, Wilson et La Forest rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le principal point litigieux dans le présent pourvoi, et le seul que j'entends traiter à fond, est de savoir si l'interrogatoire sous serment de membres du tableau des jurés, auquel le juge de première instance a procédé en l'absence de l'appelant et de son avocat, concernant d'éventuelles demandes de dispense de siéger au jury, a entaché de nullité le procès de l'appelant.

J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue, le juge McIntyre, et je souscris à son exposé des faits.

d

I

#### La formation du jury

À l'ouverture du procès, l'appelant a été interpellé devant les membres du tableau des jurés assignés et a inscrit un plaidoyer de non-culpabilité relativement à l'accusation dont la cour était saisie. Le juge de première instance a alors, dans les termes suivants, invité les membres du tableau des jurés à demander une dispense, le cas échéant, notamment pour cause d'éventuelle partialité:

[TRADUCTION] Mesdames et messieurs du tableau des jurés, vous venez d'assister à la procédure d'interpellation, dans ce cas-ci, de deux accusés; vous avez entendu l'accusation portée contre eux et vous avez aussi entendu leur plaidoyer de non-culpabilité dans les deux cas. Bon, nous procéderons plus tard ce matin à la formation d'un jury de douze personnes qui auront à juger cette affaire qui, si je puis me permettre, constitue la seule au rôle pour laquelle vous avez été assignés. Toutefois, il est d'usage, à ce moment-ci, d'inviter les membres du tableau des jurés à s'avancer et à demander une dispense si, pour une raison ou une autre, comme par exemple l'existence d'un lien de parenté avec l'un des accusés ou quelque autre implication dans cette affaire, le juré ne peut exercer cette fonction avec impartialité. Aux demandes de dispense habituelles, je me dois d'ajouter plusieurs autres choses en l'espèce. En premier lieu, la presse tant écrite que parlée a donné une publicité considérable à cette affaire, aussi est-il de mon devoir de vous dire que si l'influence de cette publicité, à votre avis, est de nature à vous empêcher d'être impartial dans

other matter that I want to bring to your attention in inviting claims for exemption, is that it's anticipated that this case will last from four to six weeks and that, in some instances, may create special hardship and that can be a basis on which you may now claim exemption. So with those words of explanation I invite persons claiming exemption in this case, now to come forward. You will be sworn and I will consider the basis of your claim and deal with it. [Emphasis added.]

The judge then proceeded to swear the jurors and considered claims for exemption advanced by members of the jury panel in the courtroom but out of earshot of all counsel and the accused. Counsel for Senator Barrow made objection to the procedure in the following terms:

I have just one very respectful submission to make to your Lordship. I realize there may be some very personal claims for exemption that would be none of my business, and I wouldn't want to listen to it, but since your Lordship invited the members of the Jury who might feel that they couldn't be impartial by reason of publicity to claim exemption on that basis, if some claim for exemptions made on that basis, I am wondering whether, my Lord, that shouldn't be a claim that we should be able to listen to. I am in your Lordship's hands as to that. [Emphasis added.]

The judge advised counsel that he was prepared to note the grounds of exemption but declined to depart from the procedure adopted. As appears from the judgment of the Appeal Division, the judge considered claims for exemption on behalf of members of the jury panel and granted thirty-six exemptions. The jury panel had consisted of eighty-three members. After all exemptions had been granted, the panel had been reduced to forty-seven persons. The record does not state whether any exemptions were refused.

## II

### The Judgment of the Appeal Division

The decision of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, reported at (1984), 65

cette affaire, vous devriez, autant pour ce motif que pour les autres que je viens de mentionner, vous avancer et demander une dispense; et l'autre point sur lequel je veux attirer votre attention, en vous invitant à demander une dispense, est que l'on s'attend à ce que ce procès dure de quatre à six semaines et que, dans certains cas, cela puisse occasionner des difficultés particulières, ce qui peut être une raison de demander, maintenant, une dispense. Bien, c'est avec ces explications que j'invite maintenant ceux qui veulent demander une dispense à s'avancer. Vous allez prêter serment, puis je vais examiner le fondement de votre demande et statuer sur celle-ci. [Je souligne.]

Le juge a alors fait prêter serment aux jurés et examiné les demandes de dispense de certains membres du tableau des jurés, dans la salle d'audience mais sans que les avocats et l'accusé puissent entendre ce qui se disait. L'avocat du sénateur Barrow s'est opposé à la procédure dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Je n'ai qu'une observation, très respectueuse, à faire votre Seigneurie. Je comprends qu'il puisse y avoir des demandes de dispense fort personnelles qu'il ne m'appartient pas de connaître, et je ne veux pas les entendre, mais puisque votre Seigneurie a invité les membres du jury qui pourraient se sentir incapables d'être impartiaux en raison de la publicité qui a entouré cette affaire, à demander une dispense, si certains devaient demander une dispense pour cette raison, je me demande si, votre Seigneurie, nous ne devrions pas être autorisés à les entendre. Je m'en remets à votre Seigneurie à cet égard. [Je souligne.]

Le juge a répondu à l'avocat qu'il était prêt à prendre note des causes de dispense, mais il a refusé de s'écarter de la procédure adoptée. Comme le montre l'arrêt de la Division d'appel, le juge, après examen des demandes de dispense des membres du tableau des jurés, a accordé trente-six dispenses. Le tableau des jurés était formé de quatre-vingt-trois membres. Une fois toutes les dispenses octroyées, le tableau s'est trouvé réduit à quarante-sept personnes. Le dossier ne dit pas si certaines dispenses ont été refusées.

## II

### L'arrêt de la Division d'appel

L'arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, publié à (1984), 65

N.S.R. (2d) 1, referred to s. 577(1) of the *Criminal Code* which reads:

577. (1) Subject to subsection (2), an accused other than a corporation shall be present in court during the whole of his trial.

The Appeal Division was satisfied that neither Senator Barrow nor his counsel was able to hear the examination conducted by the trial judge and, in such circumstances, Senator Barrow was effectively deprived of his right and duty to be present. Being present included being able to hear the proceedings. The Appeal Division then turned to the question of whether Senator Barrow had been denied the right to be present during his trial. His counsel submitted that the trial commenced with arraignment and plea; the Crown submitted that at the time of the examination the jury of twelve had not been empanelled, the appellant had not been placed in charge of the jury, and the trial had not commenced.

The Appeal Division referred to several authorities and concluded that (i) a trial does not commence until after a plea is entered; (ii) the call for exemptions by the judge took place after plea and would therefore seem to be part of the trial proceedings, at least for the purposes of s. 577 of the *Code*; (iii) it has been the practice in Nova Scotia under s. 4(2) of the *Juries Act*, S.N.S. 1969, c. 12, to exercise a wide discretion in granting exemptions from jury duty, "at least before arraignment". (Section 4(2) reads: "The judge presiding at a session or the Chief Justice may grant to any person exemption from service as a juror at the whole or part of that session upon application by or on behalf of the person.")

The Appeal Division then noted that in this case the trial judge saw fit to examine the jurors out of earshot of all counsel and the accused and in following that process he indeed exempted thirty-six jurors. It said at p. 10:

N.S.R. (2d) 1, mentionne le par. 577(1) du *Code criminel* qui porte:

577. (1) Sous réserve du paragraphe (2), un accusé, autre qu'une corporation, doit être présent en cour pendant tout son procès.

La Division d'appel était convaincue que ni le sénateur Barrow ni son avocat n'ont pu entendre l'interrogatoire auquel a procédé le juge de première instance et que, dans ces circonstances, il y avait effectivement atteinte au droit et au devoir du sénateur Barrow d'être présent. Être présent signifiait aussi pouvoir entendre ce qui se disait. La Division d'appel s'est alors demandée s'il y avait eu atteinte au droit du sénateur Barrow d'être présent à son procès. Son avocat a fait valoir que le procès commençait avec l'interpellation et le plaidoyer; le ministère public a soutenu qu'au moment de l'interrogatoire les douze jurés n'avaient pas encore été choisis pour former le jury, que le sort de l'appellant n'avait pas été confié au jury et que le procès n'avait pas commencé.

La Division d'appel, après avoir mentionné plusieurs précédents, a conclu (i) qu'un procès ne commence qu'après l'inscription d'un plaidoyer, (ii) que l'invitation par le juge à demander des dispenses a été faite après le plaidoyer et semblerait donc faire partie intégrante du procès, à tout le moins pour les fins de l'art. 577 du *Code*, (iii) qu'il est d'usage en Nouvelle-Écosse, en vertu du par. 4(2) de la *Juries Act*, S.N.S. 1969, chap. 12, d'exercer un large pouvoir discrétionnaire dans l'octroi des dispenses de remplir la fonction de jury, [TRADUCTION] «à tout le moins avant l'interpellation». (Voici le texte du par. 4(2): [TRADUCTION] «Le juge qui préside une session ou le juge en chef peut dispenser toute personne de remplir la fonction de juré, pendant la totalité ou une partie de la session, sur demande présentée par cette personne ou pour son compte.»)

La Division d'appel a alors noté qu'en l'espèce le juge de première instance avait jugé bon d'interroger les jurés sans que les avocats et l'accusé puissent entendre ce qui se disait et que c'est en procédant ainsi qu'il avait accordé une dispense à trente-six jurés. Elle dit, à la p. 10:

If this matter had ended at this point we would have grave reservations as to the validity of the judge's actions.

#### The Appeal Division continued:

However, following this procedure defence counsel were then given the right to challenge all jurors for cause and all remaining jurors were challenged for cause and underwent a trial by two other jurors to determine their partiality. Consequently, the defence was given every opportunity to explore the question of impartiality with each juror. In these circumstances we cannot see how any possible prejudice could have been suffered by the appellant accused. Indeed his privileges were emphasized both by the court and by counsel. The judge eliminated any juror whom he thought had any semblance of partiality and the appellant accused was able subsequently to further screen the jury by way of challenge for cause to determine whether or not the jurors were impartial. In these circumstances and indeed even giving the liberal construction to the process with respect to s. 577 of the Code recommended by Dickson J. in *R. v. Basarabas*, supra, we have come to the conclusion that the vital interests of the appellant were never jeopardized and that there was no denial of any fundamental right. In our opinion the practice followed by the trial judge was eminently fair to the accused person. There was no error on the part of the trial judge in examining under oath the members of the jury panel with respect to claims for exemption that would vitiate the trial.

### III

With the greatest of respect, I disagree with the reasoning of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia. Like the Appeal Division, I have grave reservations about the propriety of the procedure followed by the trial judge. Unlike the Appeal Division, I do not think that the breach of the appellant's right to be present was cured by the later opportunity afforded the accused, pursuant to the *Criminal Code*, to challenge the remaining jurors for cause. An inquiry of that sort may be appropriate to decide whether, an error having been made, that error can be cured under s. 613(1)(b)(iii). It is not relevant to the determination of whether an error has occurred in the first place. I think there was an error, a breach of s. 577(1), and for reasons which I will make clear, I

[TRADUCTION] Si les choses en étaient restées là, nous aurions de sérieux doutes sur la validité des actes du juge.

#### <sup>a</sup> La Division d'appel poursuit:

[TRADUCTION] Toutefois, à la suite de cette procédure, les avocats de la défense ont pu exercer leur droit de récusation motivée à l'égard de tous les jurés, et tous les jurés qui restaient ont fait l'objet d'une récusation motivée, deux autres jurés ayant été chargés de déterminer s'ils étaient impartiaux. Par conséquent, la défense a eu toutes les chances voulues de vérifier l'impartialité de chaque juré. Dans ces circonstances, nous ne voyons pas quel préjudice aurait pu éventuellement subir l'accusé appellant. D'ailleurs, ses privilèges ont été soulignés tant par la cour que par ses avocats. Le juge a éliminé tout juré qui, selon lui, avait fait preuve du moindre semblant de partialité et l'accusé appellant a pu, par la suite, passer à nouveau le jury au crible de la récusation motivée, afin de déterminer l'impartialité des jurés. Dans ces circonstances, et même en donnant l'interprétation libérale au processus dont il est question à l'art. 577 du Code, que recommande le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Basarabas*, précité, nous en venons à la conclusion que les intérêts vitaux de l'appellant n'ont jamais été menacés et qu'il n'y a eu aucune dénégation d'un droit fondamental quelconque. À notre avis, la pratique suivie par le juge de première instance était parfaitement équitable envers l'accusé. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur susceptible d'entacher de nullité le procès en interrogeant sous serment les membres du tableau des jurés sur les demandes de dispense.

### III

<sup>g</sup> Avec toute la déférence qui s'impose, je ne saurais souscrire au raisonnement de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Comme elle, j'ai de sérieux doutes sur la justesse de la procédure suivie par le juge de première instance. Mais, contrairement à la Division d'appel, je ne pense pas qu'on a remédié à la violation du droit de l'appellant d'être présent en lui donnant par la suite, conformément au *Code criminel*, la possibilité d'exercer son droit de récusation motivée des jurés restants. Ce genre de démarche peut être approprié pour décider si une erreur commise peut être réparée en vertu du sous-al. 613(1)(b)(iii). Cela n'est d'aucune utilité pour décider si, au départ, il y a eu erreur. Je pense qu'il y a eu erreur, soit une violation du par. 577(1), et

do not think that the error can be cured by s. 613(1)(b)(iii).

### 1. *Section 577 of the Criminal Code*

The appellant submits that s. 577(1) of the *Criminal Code* not only entitles, but requires, an accused to be "present" at his trial for a criminal offence. The right and duty to be present is fundamental. It is further submitted that the examination of members of the jury panel under oath was part of the "trial" for the purposes of s. 577(1) and that the inability of the accused and his counsel to hear the exchanges between the judge and the panel members claiming exemption effectively ensured that the accused was not "present" for that part of his trial. It is therefore necessary to consider whether the trial of the accused had begun at the time the judge examined the jurors.

*Basarabas and Spek v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 730, raised a similar question: when does a trial before a jury begin for the purposes of s. 573 of the *Code*? That section permits a judge to discharge a juror where in the course of a trial the judge is satisfied that a juror should not, because of illness or other reasonable cause, continue to act. At the trial of the two appellants in that case a juror was discharged pursuant to s. 573 after the jury had been empanelled but before the accused had been put in charge of the jury and before any evidence had been called. The Crown contended that the juror was discharged "in the course of" the trial. The accused said that a jury trial did not commence at least until the time at which the accused was put in charge of the jury. This Court held unanimously that (i) the time of commencement of a jury trial will vary according to the circumstances and the language of the section of the *Criminal Code* being applied; (ii) subject to s. 573, an accused in a criminal jury trial is entitled to be tried by twelve jurors and is entitled to the unanimous verdict of twelve jurors unless and until "in the course of a trial" the judge is satisfied that a juror should not continue to act; (iii) in so far as s. 573 deprived an accused of his common law right to the unanimous verdict of twelve persons, it

pour les motifs que je vais expliquer, je ne pense pas que cette erreur puisse être réparée par le sous-al. 613(1)(b)(iii).

### a 1. *L'article 577 du Code criminel*

L'appellant soutient que le par. 577(1) du *Code criminel* ne fait pas que permettre, mais il exige aussi que l'accusé soit «présent» au procès qu'il subit relativement à une infraction criminelle. Le droit et le devoir d'être présent sont fondamentaux. On soutient, en outre, que l'interrogatoire sous serment des membres du tableau des jurés faisait partie intégrante du «procès» pour les fins du par. 577(1), et que l'impossibilité pour l'accusé et son avocat d'entendre les propos échangés entre le juge et les membres du tableau qui demandaient une dispense a vraiment fait que l'accusé n'était pas «présent» pendant cette partie de son procès. Il est donc nécessaire d'examiner si le procès de l'accusé était commencé au moment où le juge a interrogé les jurés.

L'affaire *Basarabas et Spek c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 730, soulevait une question semblable: quand un procès devant jury commence-t-il pour les fins de l'art. 573 du *Code*? Cet article autorise un juge à libérer un juré lorsque, au cours du procès, il est convaincu que le juré ne devrait pas, par suite de maladie ou pour une autre cause raisonnable, continuer à siéger. Au procès des deux appelantes dans cette affaire, un juré avait été libéré conformément à l'art. 573 après que le jury eut été constitué, mais avant que le sort des accusées ne lui ait été confié et que la présentation d'éléments de preuve ait commencé. Le ministère public a soutenu que le juré avait été libéré «au cours» du procès. Les accusées ont allégué qu'un procès devant jury ne commence que lorsque le sort d'un accusé est confié au jury. Cette Cour a jugé à l'unanimité que: (i) le moment du début d'un procès devant jury peut varier suivant les circonstances et le texte de l'article du *Code criminel* qui s'applique; (ii) sous réserve de l'art. 573, l'accusé dans un procès criminel devant jury a le droit d'être jugé par douze jurés et a aussi droit à un verdict unanime des douze jurés, à moins qu'«au cours d'un procès» le juge ne soit convaincu qu'un juré ne devrait pas continuer à siéger; (iii) dans la mesure où l'art. 573 prive l'accusé du droit

should be narrowly construed; (iv) the words "continue to act" in s. 573 suggested that the jury had been acting *qua* jury before the discharge of the juror. In the result, and in the context of s. 573 of the *Code*, the Court held that the weight of authority supported the position that a jury trial commenced when the accused had been placed in charge of the jury.

In the course of the *Basarabas* judgment, however, reference was made to the section of the *Code* in issue in the present appeal. After noting that the time of commencement of a jury trial will vary according to the circumstances and the language of the section of the *Criminal Code* being applied, the Court continued, at p. 740:

Thus, the word "trial" in s. 577(1) which assures the accused the right to be present "during the whole of his trial" will be liberally construed to afford the accused the right to be present during the selection of the jury. In like manner, the word "trial" in s. 566 which denies the prosecutor the right to direct a juror to stand by on the trial of an indictment for the publication of a defamatory libel will be interpreted to embrace the proceedings preceding the empanelling of the jury. In other sections "trial" may have a different connotation depending upon the section of the *Code* being applied.

The reason for varying starting points is that different sections of the *Code* protect different interests. Section 573 allows the judge to remove a juror who for some reason is unable to continue, but the removal of a juror is a very serious matter. An accused has the right to be tried by twelve jurors (ss. 560(5) and 572(1)) and every effort must be made to avoid a jury of less than twelve members. If the jury has heard no evidence, as in *Basarabas*, then a juror can be replaced and s. 573 should not be used. "Trial" there refers to the heart of the trial, the presentation of evidence before the trier of fact. Section 577, however, protects different interests and in my opinion should be given an expansive reading. The words "whole of the trial" mean just that, the whole of the trial.

au verdict unanime de douze personnes, que lui accorde la *common law*, il doit être interprété restrictivement; (iv) les termes «continuer à siéger» de l'art. 573 laissent entendre que le jury agissait déjà à titre de jury avant la libération du juré. Finalement, et dans le contexte de l'art. 573 du *Code*, la Cour a jugé que la jurisprudence dominante appuyait le point de vue selon lequel un procès devant jury commence lorsque le sort de l'accusé est confié au jury.

Toutefois, dans l'arrêt *Basarabas*, on mentionne l'article du *Code* qui est en cause dans le présent pourvoi. Après avoir fait observer que le moment où débute un procès devant jury peut varier suivant les circonstances et le texte de l'article du *Code criminel* qui s'applique, la Cour poursuit, à la p. 740:

Ainsi, le terme «procès» au par. 577(1) qui assure à l'accusé le droit d'être présent «pendant tout son procès» sera interprété de façon libérale pour donner à l'accusé le droit d'être présent pendant le choix des jurés. De même, le terme «procès» à l'art. 566 qui interdit au poursuivant d'ordonner la mise à l'écart d'un juré dans un procès sur un acte d'accusation pour la publication d'un libelle diffamatoire sera interprété de manière à comprendre les procédures qui précèdent la formation du jury. Dans d'autres articles, «procès» peut avoir une connotation différente selon l'article du *Code* qui s'applique.

La raison pour laquelle le moment où débute le procès peut varier est que différents articles du *Code* protègent des intérêts différents. L'article 573 permet au juge de destituer un juré qui, pour une raison quelconque, est incapable de continuer à siéger, mais la destitution d'un juré est une affaire fort sérieuse. L'accusé a le droit d'être jugé par douze jurés (par. 560(5) et 572(1)), aussi tout doit être fait pour éviter de se retrouver avec un jury de moins de douze membres. Si le jury n'a été saisi d'aucune preuve, comme c'était le cas dans l'affaire *Basarabas*, il est possible de remplacer un juré et on ne devrait pas avoir recours à l'art. 573. Le terme «procès» qu'on y trouve vise le cœur du procès, la présentation de la preuve devant le juge des faits. Cependant, l'art. 577 protège des intérêts différents et, à mon avis, devrait recevoir une interprétation large. L'expression «pendant tout son procès» signifie cela justement, l'ensemble du procès.



In my view the examination of prospective jurors by the trial judge, relating in part to their impartiality and following arraignment and plea, formed part of the trial for the purposes of s. 577. This conclusion is supported by several cases which have emphasized the centrality of an impartial jury to a fair trial.

In *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1982] 2 S.C.R. x, one of the questions raised was whether a judge's examination in chambers of two jurors concerning anonymous phone calls, and with only counsel present, breached the right of the accused to be present and thus vitiated the trial. Martin J.A. delivered the judgment of the Court of Appeal and adverted to the "fundamental principle" of the criminal law that a person charged with an indictable offence is entitled, indeed required, by s. 577 to be personally present at his trial. For the purpose of this principle "trial" means the entire proceedings, including sentence. Martin J.A. continued, at p. 527:

Generally speaking, the trial of an accused does not commence until after plea: see *Giroux v. The King* (1917), 29 C.C.C. 258 at p. 268. However, "trial" for the purpose of the principle that an accused is entitled to be present at his trial clearly includes proceedings which are part of the normal trial process for determining the guilt or innocence of the accused such as arraignment and plea, the empanelling of the jury, the reception of evidence (including *voir dire* proceedings with respect to the admissibility of evidence), rulings on evidence, arguments of counsel, addresses of counsel to the jury, the judge's charge, including requests by the jury for further instructions, the reception of the verdict and the imposition of sentence if the accused is found guilty. [Emphasis added.]

The following two passages are also relevant, at p. 537:

The essential reason the accused is entitled to be present at his trial is that he may hear the case made out against him and, having heard it, have the opportunity of answering it: *R. v. Lee Kun* (1915), 11 Cr. App. R. 293. The right of the accused to be present at his trial,

À mon avis, l'interrogatoire des jurés éventuels sur leur impartialité notamment, auquel le juge de première instance a procédé après l'interpellation et le plaidoyer, faisait partie intégrante du procès pour les fins de l'art. 577. Cette conclusion s'appuie sur plusieurs décisions qui ont souligné l'importance primordiale d'un jury impartial pour qu'il y ait procès équitable.

Dans l'arrêt *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1982] 2 R.C.S. x, l'une des questions soulevées était de savoir si l'interrogatoire de deux jurés auquel un juge avait procédé dans son cabinet au sujet d'appels téléphoniques anonymes, en présence des seuls avocats, violait le droit des accusés d'être présents à leur procès et avait donc pour effet d'entacher de nullité ce procès. Le juge Martin, auteur de l'arrêt de la Cour d'appel, parle du [TRADUCTION] «principe fondamental» du droit criminel portant que la personne inculpée d'un acte criminel a le droit, et même le devoir, en vertu de l'art. 577, d'être personnellement présente à son procès. Aux fins de ce principe, le terme «procès» s'entend de l'ensemble de l'instance, y compris le prononcé de la sentence. Le juge Martin poursuit, à la p. 527:

[TRADUCTION] En règle générale, le procès d'un accusé ne commence qu'après le plaidoyer: voir *Giroux v. The King* (1917), 29 C.C.C. 258, à la p. 268. Toutefois, le terme «procès», aux fins du principe selon lequel un accusé a le droit d'être présent à son procès, inclut manifestement les procédures qui font partie intégrante du processus normal du procès en vue de décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, comme l'interpellation et le plaidoyer, la formation du jury, la réception des éléments de preuve (y compris les procédures de voir-dire concernant l'admissibilité d'éléments de preuve), les décisions au sujet des éléments de preuve, les plaidoiries des avocats, dont celles au jury, l'exposé du juge au jury, y compris les demandes de directives supplémentaires du jury, le prononcé du verdict et de la sentence si l'accusé est reconnu coupable. [Je souligne.]

Les deux passages suivants, que l'on trouve à la p. 537, sont aussi pertinents:

[TRADUCTION] La raison essentielle pour laquelle l'accusé a le droit d'être présent à son procès est de lui permettre d'entendre la preuve qui pèse contre lui, et, après l'avoir entendue, d'avoir la possibilité d'y répondre: *R. v. Lee Kun* (1915), 11 Cr. App. R. 293. Le droit

however, also gives effect to another principle. Fairness and openness are fundamental values in our criminal justice system. The presence of the accused at all stages of his trial affords him the opportunity of acquiring first-hand knowledge of the proceedings leading to the eventual result of the trial. The denial of that opportunity to an accused may well leave him with a justifiable sense of injustice. Indeed, in my view, an examination of the Canadian decisions shows that the latter principle is, in fact, the implicit and overriding principle underlying those decisions.

... the characterization of a proceeding as a part of the trial in relation to the accused's right to be present at the proceeding would seem to depend upon whether his exclusion from the proceeding violates his right to be present so that at all times he may have direct knowledge of anything that transpires in the course of his trial which could involve his vital interests.

In the result the Court of Appeal held that the appellants were entitled to be present to hear from the jurors' own lips whether they were affected by those telephone calls and whether the calls prevented them from continuing to discharge their duties as jurors. This conclusion, Martin J.A. said, is consistent in principle with the Canadian decisions, the course followed in the two Australian decisions mentioned by him in the course of his judgment and the weight of judicial opinion in the United States. Martin J.A. found this persuasive, although he added at pp. 539-40 that "the force of that [American] opinion is somewhat diminished by the fact that the American courts frequently apply the 'harmless error rule' where the right of a defendant to be present at all stages of his trial has been infringed. By contrast, s. 577 and the jurisprudence surrounding it precludes the application of any such rule in Canada".

In *Hertrich*, Martin J.A. conducted an admirable survey of the American case law on this subject and concluded that in that country as well the accused has a right to be present during any examination of a juror as to his or her impartiality. A distinction is drawn in the United States, how-

de l'accusé d'être présent à son procès, toutefois, fait aussi entrer en jeu un autre principe. L'équité et la transparence sont des valeurs fondamentales de notre justice criminelle. La présence de l'accusé à tous les stades de son procès lui donne la possibilité de prendre directement connaissance de la procédure conduisant au résultat éventuel du procès. Refuser à l'accusé cette possibilité peut fort bien lui faire éprouver un sentiment légitime d'injustice. Et même, à mon avis, l'examen de la jurisprudence canadienne montre que ce dernier principe est, en fait, le principe implicite mais prépondérant qui sous-tend cette jurisprudence.

... la qualification d'une procédure comme faisant partie intégrante du procès, par rapport au droit de l'accusé d'être présent pendant qu'elle se déroule, semble dépendre de la question de savoir si son exclusion de cette procédure a pour effet de violer son droit d'être présent de manière à pouvoir, en tout temps, avoir directement connaissance de tout ce qui se passe au cours de son procès qui puisse mettre en cause ses intérêts vitaux.

Finalement, la Cour d'appel a jugé que les appelants avaient le droit d'être présents pour entendre de la bouche même des jurés si ces appels téléphoniques avaient eu quelque influence sur eux et les empêchaient de continuer à exercer leurs fonctions de juré. Cette conclusion, de dire le juge Martin, est en principe conforme à la jurisprudence canadienne, à la ligne de conduite adoptée dans les deux décisions australiennes qu'il mentionne dans son arrêt et à l'opinion dominante des tribunaux américains. Le juge Martin y voit là un argument persuasif, quoiqu'il ajoute, aux pp. 539 et 540, que [TRADUCTION] «la force de cette opinion [américaine] se trouve en quelque sorte diminuée par le fait que les tribunaux américains appliquent fréquemment la «règle de l'erreur non préjudiciable» lorsque le droit d'un défendeur d'être présent à tous les stades de son procès a été enfreint. Par contre, l'art. 577 et la jurisprudence qui l'entoure empêchent d'appliquer une règle de ce genre au Canada».

Dans l'arrêt *Hertrich*, le juge Martin a fait une étude admirable de la jurisprudence américaine sur le sujet pour conclure que dans ce pays aussi l'accusé a le droit d'être présent au cours de tout interrogatoire d'un juré concernant son impartialité. Aux États-Unis, on fait cependant la distinc-

ever, between exemptions claimed on grounds of partiality and those claimed on essentially private grounds of hardship, illness, and the like. In the latter instances, the examination by the judge has been held to be outside the scope of the trial (*Hertrich*, p. 534). Of course, this was precisely the distinction advanced by the defence counsel at the trial of the instant case. He objected to the trial judge's course of action only in the case of jurors claiming exemption on grounds of prejudice.

As Martin J.A. suggests, the weight of authority both in Canada and in the United States supports the contention of the appellant that the questioning under oath of jurors as to their possible partiality is a part of the trial. The appellant therefore had a right to be present, a right which must include the right to hear the proceedings.

Martin J.A. in *Hertrich* identified two important principles that underlie s. 577. First, the accused is present to hear the case he or she faces and is thereby able to put forward a defence. Second, the accused sees the entire process by which he or she is tried and is able to see that the correct procedure is followed and the trial fair. For Martin J.A., the second principle was the more important one. I agree with him that this second value is of enormous importance to the perceived fairness of the Canadian criminal justice system. The sight of a judge conferring in private with jurors on issues that go to the partiality of the trier of fact can only prompt cynicism in an accused. It should be avoided.

The question of what is included in the trial for purposes of s. 577(1) was also addressed by this Court in *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2. Justice Lamer for the Court held that the right to be present at trial included the right to be present at an examination of jurors for partiality after the trial had begun. Adopting the reasoning of Martin J.A. in *Hertrich*, Lamer J. held that the test of what should be included in "trial" was not limited to the presentation of the case against the accused and to matters that directly affected

tion entre les dispenses demandées pour cause de partialité et celles demandées pour des raisons essentiellement personnelles: difficultés particulières, maladie et ainsi de suite. Dans ces derniers cas, on a jugé que l'interrogatoire par le juge n'avait rien à voir avec le procès lui-même (*Hertrich*, à la p. 534). Il va de soi que c'est précisément la distinction que propose l'avocat de la défense en l'espèce. Il ne s'est opposé à la conduite du juge qu'en ce qui a trait aux jurés qui demandaient une dispense pour cause de préjugés.

Comme le juge Martin le laisse entendre, la jurisprudence dominante tant au Canada qu'aux États-Unis appuie la prétention de l'appellant que l'interrogatoire sous serment des jurés concernant leur éventuelle partialité fait partie intégrante du procès. L'appellant avait donc le droit d'être présent, ce qui inclut nécessairement le droit d'entendre ce qui se dit.

Le juge Martin, dans l'arrêt *Hertrich*, dégage deux principes importants qui sous-tendent l'art. 577. En premier lieu, l'accusé est présent pour entendre la preuve qui pèse contre lui et il est ainsi en mesure d'opposer une défense. En second lieu, l'accusé assiste au déroulement de l'ensemble de la procédure suivie pour le juger et il peut s'assurer qu'elle est correcte et que le procès est équitable. Pour le juge Martin, le second principe est le plus important. Je suis d'accord avec lui pour dire que cette seconde valeur revêt une importance considérable pour la perception que l'on peut avoir de l'impartialité de la justice criminelle canadienne. La vue d'un juge s'entretenant en privé avec les jurés de questions touchant la partialité du juge des faits, ne peut que désillusionner un accusé. Cela devrait être évité.

La question de savoir ce que comprend le procès aux fins du par. 577(1) a également été abordée par cette Cour dans l'arrêt *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2. Le juge Lamer y a affirmé, au nom de la Cour, que le droit d'être présent à son procès comprend le droit d'être présent à l'interrogatoire des jurés auquel on procède en vue de vérifier leur impartialité, une fois le procès commencé. Adoptant le raisonnement du juge Martin dans l'arrêt *Hertrich*, le juge Lamer a conclu que le critère applicable pour déterminer ce

the decision as to guilt or innocence, such as rulings on the admissibility of evidence. For Lamer J., s. 577(1) is triggered whenever the "vital interests" of the accused are at stake, or as Martin J.A. put it in *Hertrich*, when a decision bears on the "substantive conduct of the trial." Any question about the partiality of the jurors individually or the jury as a whole reflects on the substantive conduct of the trial and must be dealt with in the presence of the accused. The accused has a right to a fair trial as well as a right to hear the case and make a defence. Section 577(1) protects both rights. In both *Hertrich* and *Vézina and Côté*, s. 577(1) was infringed when the judge examined jurors for partiality after the trial began and in the absence of the accused.

The Crown argues that the trial judge must oversee the jury selection process as part of the duty to ensure a fair trial. Even if the *Nova Scotia Juries Act* does not authorize the process followed here, the Crown suggests that it was part of the judge's inherent powers under the *Criminal Code*, continued by s. 600. The Crown cites the case of *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279 (Ont. C.A.); affirmed [1977] 2 S.C.R. 267. *Hubbert* raised the question whether a trial judge, when empanelling a jury, might properly ask the panel as a whole whether any member of the panel has any connection with any of the parties. The judgment of the Ontario Court of Appeal reads, in part, at pp. 292-93:

Turning to the practical consideration of the methods by which the process should be carried out, we deal first with the kind of obvious partiality dealt with in the English practice direction. Some trial Judges make a practice of saying to the jury panel, before the selection process begins, something of this nature:

que devrait comprendre le «procès» ne se limite pas à la présentation de la preuve qui pèse contre l'accusé ni aux questions qui influent directement sur la décision quant à sa culpabilité ou à son innocence, comme les décisions sur l'admissibilité d'éléments de preuve. Pour le juge Lamer, le par. 577(1) s'applique chaque fois que les «intérêts vitaux» de l'accusé sont en jeu, ou comme le juge Martin l'a dit dans l'arrêt *Hertrich*, lorsqu'une décision a un effet sur [TRADUCTION] «la conduite du procès en soi.» Toute question portant sur la partialité des jurés pris individuellement, ou du jury dans son ensemble, influe sur la conduite du procès en soi et doit être discutée en présence de l'accusé. L'accusé a droit à un procès équitable, comme il a le droit d'entendre la preuve qui pèse contre lui et d'opposer une défense. Le paragraphe 577(1) protège ces deux droits. Dans les affaires *Hertrich* et *Vézina et Côté*, le par. 577(1) a été enfreint lorsque le juge a interrogé des jurés en vue de vérifier leur impartialité une fois le procès commencé et en l'absence de l'accusé.

Le ministère public soutient que le juge de première instance doit surveiller le processus de sélection des jurés dans le cadre de son devoir de s'assurer que le procès est équitable. Il laisse entendre que, même si la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse n'autorise pas la procédure qui a été suivie ici, celle-ci relevait des pouvoirs inhérents que possède le juge en vertu du *Code criminel* et qui sont maintenus par l'art. 600. Le ministère public cite l'arrêt *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279 (C.A. Ont.), confirmé par [1977] 2 R.C.S. 267. L'affaire *Hubbert* soulevait la question de savoir si le juge, lors de la formation du jury, pouvait à bon droit s'adresser à l'ensemble du tableau pour demander si l'un de ses membres avait un lien quelconque avec l'une des parties. On lit notamment ceci dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, aux pp. 292 et 293:

[TRADUCTION] Pour en venir à l'aspect pratique des modes de mise en œuvre de la procédure, nous traiterons d'abord du genre de partialité manifeste que vise la directive anglaise en matière de procédure. Certains juges ont l'habitude de dire aux membres du tableau des jurés, avant que ne commence le processus de sélection, quelque chose comme:

If there is anyone on this panel who is closely connected with a party to this case or with a witness who is to testify, will you please stand?

(Rarely does anyone respond.) If someone does stand, the trial Judge asks him to come forward (usually to the jury-box), and inquires further as to that person's connection with the case. To take obvious examples, if the juror is the uncle of the accused, or the wife of a witness, or the brother of the investigating police officer, he ought not to serve.

In our view, the trial Judge on his own should excuse that prospective juror from the case, without more ado. The *Criminal Code* makes no express provision for it, but it does not expressly or impliedly forbid it either, and in our view it is in the power of the trial Judge as part of his function of ensuring a fair trial. We think the practice of excusing jurors of obvious partiality is a desirable one in all cases.

The *Hubbert* case was appealed to this Court. The appeal was dismissed orally without calling upon Crown counsel.

In *Hubbert*, the Ontario Court of Appeal and this Court approved the common practice of a trial judge's asking the members of the jury array if any of them had any obvious connection to the case that would disqualify them. There are two differences between *Hubbert* and the case at bar. The first is that in the procedure recommended by the Ontario Court of Appeal, any member of the array who responds to the initial question answers any subsequent questions from the jury box. In other words, the judge's questions and the juror's responses are heard by everyone in the court, including the accused, and all will know the reason why the juror thinks he or she is not impartial. There is a world of difference between this procedure and a whispered conference between the judge and the potential juror, at the bench. The *Hubbert* procedure does not violate the accused's right to be present.

The second difference is that an initial question by the judge to the jury array is best seen as a summary procedure to speed up the jury selection, done with the consent of the parties. This was the view of the majority of the Quebec Court of Appeal in *Guérin v. R.*, [1984] C.A. 305, 13

Si l'un d'entre vous est lié de près à une partie à la présente affaire ou à une personne qui doit témoigner, aurait-il l'obligeance de se lever?

(Il est rare que quelqu'un se lève.) Si quelqu'un se lève, le juge lui demande de s'avancer (habituellement jusqu'au banc des jurés) et il s'enquiert plus longuement de ses liens avec l'affaire. Pour prendre des exemples évidents, si le juré est l'oncle de l'accusé ou le conjoint d'un témoin ou le frère du policier enquêteur, il ne devrait pas remplir cette fonction.

À notre avis, le juge devrait de sa propre initiative libérer ce juré éventuel sans plus tarder. Le *Code criminel* ne le prévoit pas expressément, mais il ne l'interdit pas non plus expressément ou tacitement et, à notre avis, le juge a le pouvoir de le faire, de par sa fonction qui consiste à assurer un procès équitable. Nous pensons que la pratique d'accorder une dispense aux jurés dont la partialité est manifeste est souhaitable dans tous les cas.

L'affaire *Hubbert* a fait l'objet d'un pourvoi devant cette Cour. Le pourvoi a été rejeté oralement, sans qu'on ait entendu le ministère public.

Dans l'affaire *Hubbert*, la Cour d'appel de l'Ontario et cette Cour ont donné leur approbation à la pratique courante en vertu de laquelle le juge demande aux membres du tableau s'il y en a parmi eux qui ont, avec l'affaire, des liens manifestes susceptibles de les rendre inaptes à remplir la fonction de juré. L'affaire *Hubbert* diffère de la présente espèce sous deux aspects. Premièrement, selon la procédure recommandée par la Cour d'appel de l'Ontario, tout membre du tableau qui répond à la question initiale doit répondre à toute question subséquente depuis le banc du jury. En d'autres termes, tous ceux qui sont présents dans la salle d'audience, y compris l'accusé, entendent les questions du juge et les réponses du juré, de sorte que tous sauront pourquoi le juré pense ne pas être impartial. Il y a un monde entre cette procédure et les échanges à voix basse du juge et de l'éventuel juré, près du tribunal. La procédure selon l'arrêt *Hubbert* ne viole pas le droit de l'accusé d'être présent.

La seconde différence réside dans le fait qu'il vaut mieux voir dans la question initiale posée par le juge aux membres du tableau des jurés une procédure sommaire visant à accélérer la formation du jury et à laquelle on a recourt avec le consentement des parties. C'est là l'opinion que la

C.C.C. (3d) 231. Both Bisson J.A. (at p. 246) and Jacques J.A. (at pp. 248-49) make the point that when counsel agree to initial questions by the judge there is no violation of the *Code* procedure. Either side can challenge any juror that the judge does not exclude and obvious cases are decided quickly on consent. Where counsel for either side objects to the process, as in this case, the judge cannot continue with the questions but must leave it to the parties and the jurors, under the judge's supervision.

The selection of an impartial jury is crucial to a fair trial. The *Criminal Code* recognizes the importance of the selection process and sets out a detailed procedure to be followed (ss. 554-573). Both the Crown and the accused participate in the process, with the right to challenge for cause or peremptorily and, in the case of the Crown, to stand aside potential jurors (ss. 562-568). The challenge for cause involves trial of the impartiality of potential jurors, with examination by either side. The accused, the Crown, and the public at large all have the right to be sure that the jury is impartial and the trial fair; on this depends public confidence in the administration of justice. Because of the fundamental importance of the selection of the jury and because the *Code* gives the accused the right to participate in the process, the jury selection should be considered part of the trial for the purposes of s. 577(1).

## 2. Section 4(2) of the *Juries Act*

The issue in this case is complicated, however, by the relationship between the *Criminal Code* and s. 4(2) of the Nova Scotia *Juries Act* which, as noted above, states:

4. ...

(2) The judge presiding at a session or the Chief Justice may grant to any person exemption from service as a juror at the whole or part of that session upon application by or on behalf of the person.

Cour d'appel du Québec à la majorité a adoptée dans l'arrêt *Guérin c. R.*, [1984] C.A. 305. Tant le juge Bisson (à la p. 312) que le juge Jacques (à la p. 314) font ressortir que lorsque les avocats acceptent que le juge pose ces questions préliminaires, il n'y a pas de violation de la procédure prévue par le *Code*. L'une et l'autre partie peuvent demander la récusation de tout juré que le juge n'exclut pas et il est rapidement statué sur les cas manifestes, avec le consentement de tous. Lorsque les avocats de l'une ou l'autre partie s'y opposent, comme en l'espèce, le juge ne peut poursuivre l'interrogatoire et il doit laisser faire les parties et les jurés, sous sa surveillance.

La formation d'un jury impartial est cruciale pour qu'il y ait procès équitable. Le *Code criminel* reconnaît l'importance du processus de sélection et il énonce une procédure détaillée à suivre (art. 554 à 573). Le ministère public et l'accusé y participent, avec droit de demander la récusation motivée ou péremptoire et, dans le cas du ministère public, de mettre à l'écart des jurés éventuels (art. 562 à 568). La récusation motivée comporte une vérification de l'impartialité des jurés éventuels, avec interrogatoire par l'une et l'autre partie. L'accusé, le ministère public et le public en général ont le droit d'être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable; la confiance du public dans l'administration de la justice en dépend. Vu l'importance fondamentale de la sélection du jury et vu aussi que le *Code* confère à l'accusé le droit de participer à ce processus, la sélection du jury devrait être considérée comme une partie intégrante du procès pour les fins du par. 577(1).

## 2. Le paragraphe 4(2) de la *Juries Act*

Le litige en l'espèce se trouve compliqué toutefois par suite de l'interaction entre le *Code criminel* et le par. 4(2) de la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse qui, comme on l'a noté auparavant, dispose:

[TRADUCTION] 4. ...

(2) Le juge qui préside une session ou le juge en chef peut dispenser toute personne de remplir la fonction de juré, pendant la totalité ou une partie de la session, sur demande présentée par cette personne ou pour son compte.

“Session” is defined in s. 1(m) of the Act as including any convening of the Trial Division of the Supreme Court for the purpose of one or more civil matters or one or more criminal matters. It is not readily apparent why the word “session” is used rather than the word “trial”. The record is silent on the question of whether Burchell J. had convened the Trial Division of the Supreme Court of Nova Scotia and was therefore presiding at a “session” as well as at a trial. I do not make anything of the point as it was not advanced before us.

In the present case, as I understand its position, the Crown argues that even if the word “trial” in s. 577(1) includes the selection of the jury, the examination of jurors claiming exemptions is not part of the jury selection process. It occurs before the commencement of the jury trial and is part of the pre-trial process of assembling a jury array of qualified, non-exempt jurors. Crown counsel contends that the jury selection process under the *Criminal Code* had not yet begun. The judge was using his authority under s. 4(2) of the *Juries Act* to provide an eligible array, after which selection of the jury would begin under the *Code*. It is asserted that the exemptions granted by the trial judge in this case “merely constituted an in-court extension” of the pre-trial process contemplated in s. 577(1). Since by this argument the trial had not yet begun, s. 577(1) did not yet apply and the accused had no right to attend or to participate. Neither did he have a right under s. 4(2) of the *Juries Act* to participate in the exemption process. Once the judge began the jury selection process under the *Code* he allowed full participation by counsel for the accused. The Crown thus concludes that there was no breach of s. 577(1).

I am firmly of the view that these submissions cannot be sustained. First, s. 4(2) of the *Juries Act*

Le terme «session» est défini à l'al. 1m) de la Loi, comme visant toute convocation de la Division de première instance de la Cour suprême, afin qu'elle connaisse d'une ou plusieurs affaires civiles ou criminelles. La raison de l'emploi du terme «session» plutôt que du terme «procès» ne saute pas aux yeux. Quant à savoir si le juge Burchell avait convoqué la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et présidait donc une «session» aussi bien qu'un procès, le dossier ne dit rien à ce sujet. Je n'en tire aucune conclusion, puisque nous n'avons pas été saisis de la question.

En l'espèce, si je comprends bien sa position, le ministère public soutient que, même si le terme «procès», au par. 577(1), inclut la sélection du jury, l'interrogatoire des jurés qui demandent une dispense ne fait pas partie du processus de sélection du jury. Il a lieu avant que ne commence le procès devant jury et il fait partie de la procédure, préparatoire au procès, de la constitution du tableau des jurés, composé de personnes aptes à remplir la fonction de juré et qui ne font pas l'objet d'une dispense. L'avocat du ministère public soutient que le processus de sélection du jury prévu au *Code criminel* n'était pas encore commencé. Le juge exerçait le pouvoir que lui confère le par. 4(2) de la *Juries Act* pour constituer un tableau des jurés admissibles, après quoi la sélection du jury commencerait en vertu du *Code*. On prétend que les dispenses accordées par le juge dans cette affaire [TRADUCTION] «ne constituaient qu'un prolongement dans la salle d'audience» de la procédure préparatoire au procès prévue au par. 577(1). Puisque, selon cette thèse, le procès n'était pas encore commencé, le par. 577(1) ne s'appliquait pas encore et l'accusé n'avait aucunement le droit d'être présent ni de participer. Il n'avait pas non plus le droit, en vertu du par. 4(2) de la *Juries Act*, de participer au processus d'octroi des dispenses. Lorsque le juge a déclenché le processus de sélection du jury prévu au *Code*, il a permis à l'avocat de l'accusé d'y participer pleinement. Le ministère public conclut donc qu'il n'y a pas eu de violation du par. 577(1).

Je suis fermement convaincu qu'on ne peut faire droit à ces arguments. Premièrement, le par. 4(2)

relates specifically to exemption before formal court proceedings. How can it be said that proceedings in court after arraignment and after a plea has been entered are not formal court proceedings? Secondly, the pre-process exemptions must be intended to allow persons who would suffer serious inconvenience from serving on any jury during the session to petition for a discretionary order to allow them to avoid that inconvenience. Some of the exemptions granted in the present case related not to inconvenience, but to prejudice. The considerations must surely be different.

### 3. Constitutional Considerations

The Crown's arguments also fail when set against the principles of the division of powers under the *Constitution Act, 1867*, the nature of the power conferred on the judge by s. 4(2) of the *Juries Act*, and the jury selection process in the *Code*. The *Juries Act* does not authorize the judge to screen the panel in secret after charges have been read out and plea entered. Even if it did, the appearance of justice and the need for a fair trial suggests that the power could not be exercised in the way the trial judge did in the case at bar.

It is undoubtedly the right and the duty of the Nova Scotia Legislature to pass a law for the gathering of the jury array. Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, enables the province to legislate for the administration of justice within the province so long as it does not infringe on matters of criminal procedure, reserved to the federal government by s. 91(27). Part of this provincial power includes the assembly of an array of potential jurors for the courts of criminal jurisdiction to use in accordance with the *Criminal Code*. This power, however, is largely an administrative task, as s. 92(14) itself implies. In the case of jury selection, the provincial power for the administration of justice stops and the federal power over criminal procedure begins when the judge's activ-

de la *Juries Act* porte spécifiquement sur les dispenses accordées avant le commencement de l'instance judiciaire formelle. Comment peut-on dire qu'une procédure se déroulant dans la salle d'audience, après l'interpellation et l'inscription d'un plaidoyer, n'est pas une instance judiciaire formelle? Deuxièmement, les dispenses accordées avant le procès doivent avoir pour but de permettre aux personnes à qui le fait d'être membre d'un jury quelconque au cours de la session, causerait de graves inconvénients, de demander une ordonnance discrétionnaire leur évitant de subir ces inconvénients. Certaines dispenses accordées en l'espèce sont liées non pas à de tels inconvénients, mais à l'existence de préjugés. Les considérations doivent sûrement être différentes.

### 3. Considérations constitutionnelles

Les arguments du ministère public se heurtent aussi aux principes du partage des compétences en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à la nature du pouvoir conféré au juge par le par. 4(2) de la *Juries Act* et au processus de sélection du jury prévu par le *Code*. La *Juries Act* n'autorise pas le juge à passer le tableau au crible en secret, après la lecture de l'inculpation et l'inscription d'un plaidoyer. Même si c'était le cas, comme il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle paraisse être faite, et que le procès soit équitable, ce pouvoir ne pouvait être exercé comme l'a fait le juge de première instance en l'espèce.

Il ne fait pas de doute que l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse a le droit et le devoir de légiférer sur la constitution du tableau des jurés. Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* habilite la province à légiférer relativement à l'administration de la justice dans la province à la condition que cela n'empiète pas sur la procédure en matière criminelle qui est réservée au gouvernement fédéral par le par. 91(27). Cette compétence provinciale comporte celle de constituer un tableau de jurés éventuels, auquel les tribunaux de juridiction criminelle pourront recourir conformément au *Code criminel*. Toutefois, cette compétence est largement de nature administrative, comme le sous-entend le par. 92(14) lui-même. Dans le cas de la sélection du jury, la



ity is not concerned with the assembly of an array of eligible citizens, but with the precautions necessary to ensure an impartial jury. The Nova Scotia *Juries Act* is consistent with this interpretation of s. 92(14). The Act as a whole sets out the procedure to assemble the jury panel by the time court sessions begin. It states who will make up the jury committee for each municipality, how and when they will go about the task, and how the judiciary shall supervise it. The emphasis in the Act is to gather as random a sample of eligible jurors as possible, with no discussion of partiality. Significantly, s. 4(1) sets out certain categories of people who cannot serve on a jury because of their occupation. Subsection 4(2) seems to be a general clause to enable the judge supervising a session to exempt people who have personal reasons not to serve on a jury yet do not fit into the specific exemptions. Neither subsection is directly concerned with the partiality of potential jurors.

This interpretation of s. 4(2) of the Nova Scotia *Juries Act* is strengthened by a survey of the jury acts in the other Canadian jurisdictions. In every other province and in both territories there is a provision similar to the disqualification in s. 4(1) of a broad range of people by occupation, notably those connected with the justice system. No other jurisdiction has a provision similar to s. 4(2), with its unqualified reference to "exemptions". In every other jurisdiction but Nova Scotia, the legislature provides that exemptions are available only if the applicants meet certain criteria. These criteria vary from the laconic "for a good cause" in the territories, to "hardship" in some provinces, to more detailed criteria of hardship, age, religious belief, or similar factors in some provinces. Every other jurisdiction recognizes that its authority over the jury pool is limited to eligibility and personal matters unconnected with the criminal case to be tried. In spite of its apparently broad phrasing, the

compétence provinciale en matière d'administration de la justice cesse et la compétence fédérale en matière de procédure criminelle commence, lorsque les actes du juge concernent non plus la constitution d'un tableau de citoyens admissibles, mais plutôt les précautions qu'il est nécessaire de prendre pour garantir l'impartialité du jury. La *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse est compatible avec cette interprétation du par. 92(14). La Loi, dans son ensemble, établit la procédure de constitution du tableau des jurés au début des sessions judiciaires. Elle précise qui composera la commission du jury dans chaque municipalité, comment et quand elle remplira sa tâche et comment les juges la surveilleront. L'accent dans la Loi est mis sur la recherche d'un échantillonnage de jurés admissibles respectant autant que possible les lois du hasard, sans qu'il soit question de partialité. Il est significatif que le par. 4(1) énonce que certaines catégories de gens ne peuvent être membres d'un jury en raison de leur occupation. Le paragraphe 4(2) semble être une clause générale autorisant le juge qui supervise une session à accorder une dispense aux personnes qui ont des raisons personnelles de ne pas faire partie d'un jury, sans toutefois se situer dans les catégories spécifiques de dispense. Ni l'un ni l'autre paragraphe ne s'intéresse directement à la partialité des jurés éventuels.

Cette interprétation du par. 4(2) de la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse est renforcée par l'examen des lois en matière de jury que l'on trouve dans les autres ressorts du Canada. Dans toutes les autres provinces et dans les deux territoires, on trouve une disposition semblable au par. 4(1), qui déclare inaptes à remplir la fonction de juré toute une gamme de personnes exerçant certaines professions, notamment celles reliées à la justice. Aucun autre ressort n'a de disposition semblable au par. 4(2) où l'on fait référence sans réserve à des «dispenses». Dans tous les ressorts autres que la Nouvelle-Écosse, le législateur prévoit qu'une dispense ne pourra être accordée que si la personne qui la demande satisfait à certains critères. Ces critères vont du laconique «pour un bon motif» des territoires, aux «difficultés particulières» dans certaines provinces et aux critères plus détaillés des difficultés éprouvées, de l'âge, des croyances religieuses ou autres facteurs semblables que l'on

Nova Scotia provision should be interpreted as similarly limited, to maintain its constitutional integrity.

The *Code* sets out a detailed process for the selection of an impartial jury. It gives both parties substantial powers in the process and sets up a mechanism to try the partiality of a potential juror when challenged for cause. The trier of partiality is not the judge but a mini-jury of two potential or previously selected jurors (s. 569(2)). Overall, it is a comprehensive scheme designed to ensure as fair a jury as is possible and to ensure that the parties and the public at large are convinced of its impartiality. Any addition to this process from another source would upset the balance of the carefully defined jury selection process. This is especially the case of any attempt to add to the powers of the judge. Parliament has decided that the issue of partiality is a question of fact that must be decided by two of the jurors themselves, not by the judge. The province cannot give the judge any power to make decisions as to partiality and any judge who attempts to participate in such decisions usurps the function of the jurors established by s. 569(2). Usurpation of this sort is so severe an error of law by the judge that it mandates a new trial, even if no prejudice to the accused can be shown (*Guérin v. R.*, *supra*). The judge's role is to supervise trials of partiality, not to decide them.

#### 4. *The Appearance of Justice*

The argument of the Crown in this appeal does not address what may be the most important aspect of the case, namely, the appearance of justice. Even if the two-stage analysis of the empanelling process is a legally accurate description of the interplay of the *Criminal Code* and the

trouve dans d'autres provinces. Tous les autres ressorts reconnaissent que leur compétence sur le tableau des jurés se limite à l'admissibilité et aux questions personnelles qui n'ont rien à voir avec le procès criminel qui doit avoir lieu. En dépit de sa formulation apparemment générale, la dispositions de la Nouvelle-Écosse devrait être interprétée comme si elle était pareillement limitée, afin d'assurer son intégrité constitutionnelle.

Le *Code* établit une procédure détaillée de sélection d'un jury impartial. Il confère aux deux parties des pouvoirs substantiels dans le cadre de ce processus et il établit un mécanisme pour juger de la partialité d'un juré éventuel qui fait l'objet d'une demande de récusation motivée. Le juge de la partialité est non pas le juge, mais un mini-jury formé de deux jurés éventuels ou déjà choisis (par. 569(2)). En général, il s'agit d'un système complet destiné à assurer qu'un jury sera aussi neutre que possible et à garantir que les parties et le public en général seront convaincus de son impartialité. Toute addition à cette procédure provenant d'une autre source perturberait l'équilibre du processus soigneusement défini de sélection du jury. C'est particulièrement le cas de toute tentative d'accroître les pouvoirs du juge. Le législateur fédéral a décidé que la question de la partialité est une question de fait que doivent trancher deux des jurés eux-mêmes, et non le juge. La province ne peut conférer au juge le pouvoir de décider de la partialité ou de l'impartialité, et tout juge qui tente de participer à de telles décisions usurpe la fonction de juré établie par le par. 569(2). Une usurpation de ce genre constitue une erreur de droit si grave de la part du juge, qu'elle oblige à ordonner un nouveau procès, même s'il est impossible de démontrer l'existence d'un préjudice pour l'accusé (*Guérin c. R.*, précité). Le rôle du juge consiste à superviser les vérifications d'impartialité et non à les trancher.

#### i 4. *Que justice paraisse être rendue*

L'argumentation du ministère public en l'espèce ne porte pas sur ce qui peut représenter l'aspect le plus important de l'affaire, savoir non seulement que justice soit rendue, mais qu'elle paraisse l'être. Bien que l'analyse de la formation du jury en deux étapes s'avère une description légalement exacte de

Nova Scotia *Juries Act*, it leaves out of account the effect of the proceedings in this case as they would appear to the average citizen: prospective jurors were able to speak to the judge in private, albeit in open court, and be excused from jury duty with no reason given. The problem arises because the Nova Scotia *Juries Act* gives an administrative duty to the judge: the power to exempt potential jurors for personal reasons unconnected with the facts of a particular trial. This administrative duty concerns a particularly sensitive point of a trial and closely resembles the judicial duty of examining jurors for partiality, a fundamental part of the duty to provide a fair trial. The average citizen watching would not likely appreciate the legal categorization of the judge's power to excuse for personal reasons, and it would be difficult for the accused, who is particularly sensitive on this point, to see a private conference between judge and juror after the accused's name was called out, the charges read and a plea entered, as an administrative matter that did not affect his right to a fair trial. The decision should not turn solely on the technical definition of when the trial began. I think that an accused who appears before a judge in a courtroom with his counsel, hears the charge read, and pleads to the charge, would think it very strange to be told that his trial had not begun. He would, I think, find it equally strange that almost half of those called for jury duty were relieved of that duty after whispered goings on with the presiding judge.

What of the public perception? This is a case where the public perception of the fairness of the proceedings is crucial. A judge sitting in open court embodies the judicial role in the public mind, a role different from that of the administrative officer who assembles the array initially. The same act, excusing a juror for personal reasons, will be seen in a different light when done by the drafters

l'interaction entre le *Code criminel* et la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse, elle ne tient pas compte de l'impression que la procédure suivie en l'espèce pourrait créer chez le citoyen moyen: des jurés éventuels ont pu s'entretenir confidentiellement avec le juge, quoique en pleine audience, et être libérés de la fonction de juré sans explication. Le problème se pose parce que la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse confie une fonction administrative au juge: le pouvoir d'accorder une dispense à d'éventuels jurés pour des raisons personnelles n'ayant aucun rapport avec les faits en cause dans un procès donné. Cette fonction administrative concerne une question particulièrement délicate dans un procès et ressemble de près à la fonction judiciaire que constitue l'interrogatoire des jurés en vue de vérifier leur impartialité, un aspect fondamental du devoir d'assurer un procès équitable. Le citoyen moyen qui observe cela ne saisirait probablement pas toute la subtilité de la qualification juridique du pouvoir du juge d'accorder des dispenses pour des raisons personnelles et il serait difficile à l'accusé, naturellement pointilleux à cet égard, de considérer les échanges à voix basse du juge et d'un juré, après qu'il eut été interpellé, que l'inculpation eut été lue et qu'un plaidoyer eut été inscrit, comme une simple question administrative qui n'influe pas sur son droit à un procès équitable. La décision ne saurait être fondée uniquement sur la définition technique du moment où commence le procès. Je pense qu'un accusé qui comparait devant un juge, dans une salle d'audience, en compagnie de son avocat, qui entend lecture de l'inculpation et qui inscrit son plaidoyer trouverait fort étrange qu'on lui dise que son procès n'est pas commencé. Il trouverait, je pense, tout aussi étrange que presque la moitié de ceux qui ont été convoqués pour remplir la fonction de juré soient libérés de cette fonction après des manœuvres à voix basse avec le juge qui préside l'instance.

Et que penser de l'impression créée chez le public? Il s'agit d'un cas où l'impression chez le public que la procédure est équitable est cruciale. Un juge siégeant en audience publique personnifie la fonction judiciaire dans l'opinion publique, fonction qui diffère de celle d'un agent administratif qui constitue initialement le tableau des jurés. Le même acte, la libération d'un juré pour des raisons

of the jury list as part of the first stage of assembling an array of potential jurors and when done by a judge in open court once the accused is charged and plea entered. Even if the excusal can be seen as a purely administrative act, the public expectation of the judicial role in these circumstances requires the judge to execute the administrative task judicially. The judge must allow counsel to participate and the public to know the reasons for the decision. Nothing should be done in private in open court.

Again, a comparison to the statutes of the other jurisdictions is illuminating. In most of them, a person who wishes to be exempted from the jury list applies to the official who drew up the list, the sheriff (in New Brunswick, the Jury Board). If the exemption is refused there is either a right of appeal to a superior court judge or the person can make a new application to a judge, as specified by the statute. (In Newfoundland the application is to a provincial court judge, with appeal from a refusal to a supreme court judge. In Prince Edward Island the application is directly to the judge at trial.) These provisions show that other jurisdictions consider exemptions for personal reasons to be administrative issues for court officials to decide, subject to the review and supervision of the judiciary. Such review of administrative decisions normally includes the duty to act judicially, with due regard for the appearance of justice.

##### 5. Sections 598, 599 and 600

It was suggested that even if the trial judge erred in his questioning and exemption of the jurors, that error could be cured by the application of ss. 598 or 599. It was also questioned whether the screening was authorized by s. 600. In my opinion, none of these provisions applies in this case.

personnelles, sera perçu différemment selon qu'il est accompli par ceux qui sont chargés de dresser la liste du jury au cours de la première étape de la constitution d'un tableau de jurés éventuels, et selon qu'il l'est par un juge en salle d'audience, après que l'accusé a été inculpé et qu'il a inscrit son plaidoyer. Même si une libération peut être perçue comme un acte purement administratif, les attentes du public en ce qui concerne la fonction judiciaire dans ces circonstances exigent que le juge exerce judiciairement cette tâche administrative. Le juge doit autoriser la participation des avocats et permettre au public de connaître les motifs de sa décision. Rien ne devrait se faire confidentiellement dans une salle d'audience.

Ici encore, la comparaison avec les lois des autres ressorts est instructive. Dans la plupart des autres ressorts, une personne qui souhaite être rayée de la liste du jury en fait la demande à l'officier qui a dressé cette liste, le shérif (au Nouveau-Brunswick, la Commission du jury). Si la dispense est refusée, il peut être interjeté appel à un juge de cour supérieure ou encore la personne en question peut faire une nouvelle demande à un juge, selon ce que prescrit la loi. (À Terre-Neuve, la demande est adressée à un juge de la Cour provinciale et en cas de refus, il est possible d'en appeler à un juge de la Cour suprême. À l'Île-du-Prince-Édouard, la demande se fait directement au juge qui préside le procès.) Ces dispositions montrent que d'autres ressorts considèrent que les dispenses pour des raisons personnelles constituent des questions administratives qu'il revient aux offices de justice de trancher sous le contrôle et la surveillance des juges. Un tel contrôle des décisions administratives comprend normalement le devoir d'agir judiciairement en prenant bien soin de veiller à ce que justice paraisse être rendue.

##### 5. Les articles 598, 599 et 600

On a laissé entendre que même si le juge de première instance avait commis une erreur en interrogeant des jurés et en leur accordant des dispenses, cette erreur pourrait être réparée par l'application des art. 598 ou 599. On s'est aussi demandé si ce tamisage était autorisé par l'art. 600. À mon avis, aucune de ces dispositions ne s'applique en l'espèce.

Section 598 provides that irregularities in the summons of the jury or in its membership cannot be used to attack a verdict, while s. 599 states that failure to follow precisely the rules for jury selection does not warrant setting aside a verdict reached subsequently. The import of these two provisions is that an irregularity of form which does not affect the substance of a trial cannot be used to challenge the result.

The right to be present is a fundamental right of the accused. Exclusion of the accused from part of the trial, especially part of the selection of an impartial jury, is not an irregularity of form. It casts into doubt two of the most basic aspects of a fair trial, the impartiality of the jury and the appearance of justice. Sections 598 and 599 do not cure the defect. As the late MacKinnon A.C.J. held in *R. v. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281, when one of the parties is denied a right in the jury selection process given by the *Criminal Code*, prejudice can be inferred and these sections are of no assistance.

There is another reason why the sections are inapplicable. The Quebec Court of King's Bench (Appeal Side), held in *R. v. Battista* (1912), 21 C.C.C. 1, that the predecessors of the two sections apply to objections to the jury selection raised for the first time after verdict. The Supreme Court of Canada considered and approved this decision in *R. v. Stewart*, [1932] S.C.R. 612, saying that the situation is entirely different when the objection to the jury selection is taken at trial. Defence counsel here objected to the judge's actions from the beginning.

As for s. 600, it is a provision to carry forward any common law power of the judge in relation to the jury selection process that is not «... expressly altered by or is inconsistent with this Act.» Whether or not a judge ever had the power to examine jurors for partiality need not be decided. The *Criminal Code* has eliminated any power of the judge to decide issues of partiality. By section

L'article 598 prévoit qu'on ne peut avoir recours aux irrégularités dans l'assignation ou la constitution du jury pour contester un verdict, alors que l'art. 599 dit que l'omission de suivre à la lettre les règles de sélection du jury ne justifie pas l'annulation du verdict rendu subséquemment. Ces deux dispositions signifient qu'on ne peut recourir à un vice de forme qui n'a pas influé sur le fond d'un procès pour en contester le résultat.

Le droit d'être présent est un droit fondamental de l'accusé. L'exclusion de l'accusé d'une partie du procès, particulièrement d'une partie du processus de sélection d'un jury impartial, ne constitue pas un simple vice de forme. Elle suscite le doute quant à deux des aspects les plus fondamentaux d'un procès équitable: l'impartialité du jury et le fait que justice doit non seulement être rendue, mais également paraître être rendue. Les articles 598 et 599 ne remédient pas à ce vice. Comme feu le juge en chef adjoint MacKinnon l'a conclu dans l'arrêt *R. v. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281, lorsque l'une des parties se voit dénier un droit que lui confère le *Code criminel* en matière de sélection du jury, on peut en déduire qu'il y a préjudice et ces articles ne sont d'aucune utilité.

Il existe une autre raison pour laquelle ces articles sont inapplicables. La Cour du Banc du Roi du Québec, Division d'appel, a jugé dans l'arrêt *R. v. Battista* (1912), 21 C.C.C. 1, que les dispositions qui ont précédé ces deux articles s'appliquaient aux objections à la sélection du jury soulevées pour la première fois après le verdict. La Cour suprême du Canada a examiné et approuvé cette décision dans l'arrêt *R. v. Stewart*, [1932] R.C.S. 612, en disant que la situation est totalement différente lorsque l'objection à la sélection du jury est soulevée au procès. En l'espèce, l'avocat de la défense s'est opposé aux actes du juge dès le départ.

Quant à l'art. 600, cette disposition vise à préserver tout pouvoir que la *common law* conférerait au juge, en matière de sélection du jury, qui n'est pas «expressément modifié par la présente loi [ni] incompatible avec ses dispositions.» On n'a pas à décider si les juges ont jamais eu le pouvoir d'interroger les jurés en vue de vérifier leur impartialité. Le *Code criminel* a éliminé tout pouvoir du

569(2), all questions of partiality are to be decided by the two jurors sworn for that purpose. Section 600 therefore does not authorize the judge to perform this function.

6. *Section 613(1)(b)(iii)*

It is no doubt true, as the respondent Crown submits, that the accused retained his right to challenge any prospective juror for cause even after the trial judge had excluded thirty-six members of the panel. It is suggested that this possibility wiped out any prejudicial effect on the judge's secret questioning. The Appeal Division would appear to have held that view. The response to this assertion is that, as a matter of authority, this Court has already held that the denial of the right under s. 577 is "fundamental", requiring the setting aside of the conviction. The curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) are innately inapplicable: *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] (Que. Q.B.) 94n, affirmed [1966] S.C.R. 399. Since the decision in *Meunier*, it has been the rule that no breach of the right to be present can be cured by s. 613(1)(b)(iii) as the absence of the accused deprives the court of all jurisdiction.

In *R. v. Hertrich*, *supra*, at p. 527, Martin J.A. followed *Meunier* and the other authorities mentioned in the passage following and concluded that the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) were not applicable if the accused is deprived of his right to be present at his trial in contravention of s. 577:

The law is settled that depriving an accused of his right to be present at his trial in contravention of s. 577 is the denial of a fundamental right requiring the setting aside of the conviction, and the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) are inapplicable: see *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] Que. Q.B. 94n; affirmed [1966] S.C.R. 399, 50 C.R. 75; *Ginoux v. The Queen* (1971), 15 C.R.N.S. 117; affirmed 16 C.R.N.S. 256n; *R. v. Reale* (1973), 13 C.C.C. (2d) 345, [1973] 3 O.R. 905; affirmed 22 C.C.C. (2d) 571, 58 D.L.R. (3d) 560, [1975] 2 S.C.R. 624 *sub nom. A.-G. Ont. v. Reale*; *R. v. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570, 117 D.L.R. (3d) 740, 30 O.R. (2d) 545.

juge de statuer sur des questions de partialité. En vertu du par. 569(2), toutes les questions de partialité doivent être tranchées par les deux jurés assermentés à cette fin. L'article 600 n'autorise donc pas le juge à exercer cette fonction.

6. *Le sous-alinéa 613(1)(b)(iii)*

Sans doute il est vrai, comme le ministère public le fait valoir, que l'accusé conservait son droit de demander la récusation motivée de tout juré éventuel, même après que le juge de première instance eut exclu trente-six membres du tableau. On laisse entendre que cette possibilité éliminait tout effet préjudiciable sur l'interrogatoire auquel le juge avait procédé confidentiellement. La Division d'appel semble avoir été de cet avis. La réponse à cela est que, sur le plan des précédents, cette Cour a déjà jugé que la dénégation du droit prévu à l'art. 577 est «fondamentale» et commande l'annulation de la déclaration de culpabilité. Les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii) sont foncièrement inapplicables: *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] B.R. 94n, confirmé par [1966] R.C.S. 399. Depuis l'arrêt *Meunier*, il a été de règle que le sous-al. 613(1)(b)(iii) ne saurait remédier à une dénégation du droit d'être présent, puisque l'absence de l'accusé dépouille le tribunal de toute compétence.

Dans l'arrêt *R. v. Hertrich*, précité, à la p. 527, le juge Martin a suivi l'arrêt *Meunier* et la jurisprudence mentionnée dans le passage suivant pour conclure que les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii) ne sont pas applicables si l'accusé est privé de son droit d'être présent à son procès, contrairement à l'art. 577:

[TRADUCTION] Il est de règle que priver un accusé de son droit d'être présent à son procès contrairement à l'art. 577, constitue une dénégation d'un droit fondamental qui commande l'annulation de la déclaration de culpabilité, et les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii) sont inapplicables: voir *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] B.R. 94n.; confirmé par [1966] R.C.S. 399, 50 C.R. 75; *Ginoux v. The Queen* (1971), 15 C.R.N.S. 117; confirmé par 16 C.R.N.S. 256n; *R. v. Reale* (1973), 13 C.C.C. (2d) 345, [1973] 3 O.R. 905; confirmé par 22 C.C.C. (2d) 571, 58 D.L.R. (3d) 560, [1975] 2 R.C.S. 624 *sub nom. P.-G. Ont. c. Reale*; *R. v. Grimba* (1980), 56 C.C.C. (2d) 570, 117 D.L.R. (3d) 740, 30 O.R. (2d) 545.

There was in the instant case a major deviation from the *Code* procedure for the selection of the jury, one that eliminated nearly half the jury pool for reasons unknown to the accused. That is not a minor breach of the accused's right to be present. It is a breach that casts into doubt the impartiality of the jury, which in turn reflects on the fairness of the entire trial.

The rigidity of *Meunier* has been criticized, notably in *Côté v. R.*, [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155, and in *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109 (B.C.C.A.) Some doubt was also cast upon the rule in *Meunier* in this Court's decision in *Vézina and Côté*, *supra*, where Lamer J. emphasized, at p. 14:

As a last comment on the matter I should not want it to be taken that, when adopting Martin J.A.'s views in *Hertrich*, the issue of whether the proviso in s. 613(1)(b)(iii) was available, has been inferentially reconsidered and the reasoning in *Meunier* on that point reaffirmed in this case.

But this comment should not necessarily be read as impugning the decision in *Meunier*. On the facts of *Vézina and Côté*, it was simply unnecessary to decide the point. Lamer J. left open the possibility that the rule might be reconsidered. The issue is raised more starkly in the instant case, but I believe that no grounds are raised that should cause the Court to reverse a decision of long standing.

Indeed, I am not convinced that the appellant suffered no prejudice. The Crown would have this Court assume, first, that all the jurors who were excused on grounds of partiality were partial to the Crown, and second, that the trial judge's screening could only have helped the accused without impairing the ability to challenge for cause later. Neither of these assumptions seems to me to be correct. First, we simply do not know and can only speculate as to the grounds of partiality the trial judge used to exclude jurors. It may very well be that in reducing the panel by over forty percent, the trial judge excluded persons, perhaps friends of the accused or Liberal party supporters, who

Il y a eu, dans le cas présent, dérogation majeure à la procédure de sélection du jury prévue par le *Code*, laquelle dérogation a entraîné l'élimination de près de la moitié des membres du tableau des jurés, pour des raisons inconnues de l'accusé. Ce n'est pas là une atteinte mineure au droit de l'accusé d'être présent. Il s'agit d'une atteinte qui met en doute l'impartialité du jury, ce qui à son tour se répercute sur l'équité du procès tout entier.

La rigidité de l'arrêt *Meunier* a été critiquée, notamment dans l'arrêt *Côté c. R.*, [1982] C.A. 419, et dans l'arrêt *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109 (C.A.C.-B.) L'arrêt de cette Cour *Vézina et Côté*, précité, fait aussi planer un certain doute sur la règle de l'arrêt *Meunier*, lorsque le juge Lamer souligne, à la p. 14:

Comme dernière observation à ce sujet, je ne voudrais pas que l'on croie que, par l'adoption du point de vue exprimé par le juge Martin dans l'arrêt *Hertrich*, la question de l'applicabilité de la réserve énoncée au sous-al. 613(1)(b)(iii) a été indirectement réexaminée et que les principes énoncés dans l'arrêt *Meunier* ont été réitérés sur ce point dans la présente cause.

Mais cette observation ne doit pas nécessairement être interprétée comme attaquant l'arrêt *Meunier*. Simplement, les faits de l'affaire *Vézina et Côté* n'obligeaient pas à statuer sur ce point. Le juge Lamer maintient la possibilité d'un réexamen de la règle. La question se pose avec plus d'acuité en l'espèce, mais je ne crois pas qu'on ait soulevé aucun moyen qui amène la Cour à renverser un précédent de longue date.

D'ailleurs, je ne suis pas convaincu que l'appellant n'a subi aucun préjudice. Le ministère public voudrait que la Cour présume, premièrement, que tous les jurés libérés pour cause de partialité étaient partiaux en sa faveur et, deuxièmement, que le tamisage par le juge n'aurait pu qu'aider l'accusé sans nuire à sa capacité de demander par la suite des récusations motivées. Aucune de ces hypothèses ne me semble exacte. D'abord, nous ignorons tout simplement quels sont les motifs de partialité pour lesquels le juge a exclu des jurés et nous ne pouvons que conjecturer à ce propos. Il se peut fort bien qu'en réduisant le tableau de près de la moitié, le juge ait exclu des personnes, peut-être

might have been more favourable to the accused than to the Crown. While the accused does not have the right to a favourable jury, only an impartial one, it is not obvious that the exclusion was only to the benefit of the accused.

As for the second assumption, it may be that the trial judge's screening might actually have hindered the selection of an impartial jury. Suppose a juror conscientiously told the judge that he or she might not be impartial for some reason, such as membership in a political party, and the judge decided that the juror was impartial. The juror's concern about impartiality may then have been set to rest by the judge's decision so that the juror would not raise the issue again when challenged for cause. After all, if the judge had so concluded, why would the juror express any doubt about it when challenged by counsel? The juror's concern about his or her own impartiality has been set to rest on the highest authority, that of the judge. If counsel had heard the exchange between the juror and the judge and thought that the judge was wrong, counsel could have pursued the issue further. As it was, there was no reason not to accept the juror's response to the challenge at face value. Thus, jurors partial to the Crown or the accused may have slipped through the screening process.

The point of these examples is not that the jury should have included friends of the accused, or political allies, or partisan opponents. Nor is it to suggest that political affiliation is automatically cause to challenge in such a case. The point is that we cannot assume that whatever screening occurred in secret was beneficial for the accused, or even neutral. These examples show the fundamental reason why all questions of partiality must be decided in public: the accused, the Crown, and the public at large have the right to know that the jury is as impartial as is humanly possible. Such speculation is harmful.

des amis de l'accusé ou des partisans libéraux, qui auraient pu être plus favorables à l'accusé qu'à la poursuite. Alors que l'accusé n'a pas droit à un jury favorable, mais seulement à un jury impartial, il n'est pas évident que l'exclusion n'a été faite qu'au profit de l'accusé.

Quant à la seconde hypothèse, il se pourrait que le tamisage par le juge ait vraiment empêché la sélection d'un jury impartial. Supposons qu'un juré a dit en conscience au juge qu'il se pourrait qu'il ne soit pas impartial pour une raison quelconque, comme le fait d'être membre d'un parti politique, et que le juge a décidé que ce juré était impartial. Il se peut que la décision du juge ait alors eu pour effet de dissiper la crainte d'être partial éprouvée par le juré de sorte que ce dernier ne reviendrait pas sur ce sujet si jamais il faisait l'objet d'une récusation motivée. Après tout, si le juge en a ainsi décidé, pourquoi le juré devrait-il exprimer des doutes à ce propos lorsque l'avocat demande sa récusation? La crainte du juré d'être impartial a été dissipée en vertu de l'autorité la plus élevée, celle du juge. Si l'avocat avait entendu les propos échangés entre le juré et le juge et s'il avait estimé que le juge était dans l'erreur, il aurait poussé plus loin la question. De la façon dont les choses se sont passées, il n'y avait aucune raison de ne pas prendre au pied de la lettre la réponse du juré à la récusation. Il se peut donc que le processus de tamisage n'ait pas permis d'écartier certains jurés favorables à la poursuite ou à l'accusé.

Ce que ces exemples visent à démontrer, ce n'est pas que le jury aurait dû comporter des amis de l'accusé, des alliés politiques ou des partisans opposés. Cela ne veut pas dire non plus que l'affiliation politique constitue automatiquement un motif de récusation dans une affaire de ce genre. Ce que cela signifie, c'est que nous ne pouvons présumer qu'une sélection quelconque effectuée en secret a profité à l'accusé ou même a été neutre. Ces exemples illustrent la raison fondamentale pour laquelle toutes les questions de partialité doivent être tranchées en public: l'accusé, le ministère public et le public en général ont le droit de savoir que le jury est aussi impartial qu'il est humainement possible de l'être. De telles conjectures sont préjudiciables.



## IV

Summary

In sum, s. 577(1) of the *Criminal Code* requires that the accused be present at his trial for a criminal offence. The examination of the prospective jurors by the trial judge, relating in part to their impartiality and following arraignment and plea, was part of the trial for purposes of s. 577. It is important for the accused to see and hear the entire process by which he or she is tried so that he or she sees that the trial is fair, and s. 4(2) of the Nova Scotia *Juries Act* should be construed as relating to exemption of jurors for reasons of hardship, illness or inconvenience before the commencement of formal court proceedings. A wider interpretation of s. 4(2) of the *Juries Act*, one that permits exemption of jurors after arraignment and plea and on grounds of possible prejudice, would intrude into federal jurisdiction over criminal procedure. The public perception of the fairness of the trial process would be damaged if potential jurors were excluded after private conversations with the judge. Further, the judge's actions were not authorized by s. 600 of the *Code*. Finally, the trial judge's error in this case was of a fundamental nature and therefore the curative provisions in ss. 598, 599 and 613(1)(b)(iii) of the *Code* should not be applied.

In closing, the words of Haines J. in *R. v. Elliot*, [1973] 3 O.R. 475 (H.C.), are an accurate summary of both the method and the goals of the jury selection process:

Much more in keeping with the realities of the situation is to allow the accused through his counsel to ask such relevant questions in open Court as to the partiality and fitness of the juror under the watchful eye of the Judge who will in the exercise of his discretion protect the interest of the Crown and the accused as well as the administration of justice. In this matter the tribunal itself is enhanced in the eyes of the public. Lay triers

## IV

Résumé

<sup>a</sup> En somme, le par. 577(1) du *Code criminel* requiert que l'accusé soit présent au procès qu'il subit relativement à une infraction criminelle. L'interrogatoire des jurés éventuels, portant notamment sur leur impartialité, auquel le juge de première instance a procédé après l'interpellation et le plaidoyer, faisait partie intégrante du procès pour les fins de l'art. 577. Il est important pour l'accusé qu'il voie et qu'il entende toute la procédure suivie pour le juger de façon à pouvoir constater que le procès est équitable; le par. 4(2) de la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse devrait être interprété comme ne visant que les dispenses accordées aux jurés pour cause de difficultés ou <sup>b</sup> d'inconvénients particuliers ou de maladie, avant que ne commence l'instance judiciaire formelle. Une interprétation plus large du par. 4(2) de la *Juries Act*, c'est-à-dire une qui permettrait d'accorder une dispense à des jurés après l'interpellation et le plaidoyer parce qu'ils pourraient avoir des préjugés, empiéterait sur la compétence fédérale en matière de procédure criminelle. Le public n'aurait plus l'impression que le procès est équitable si d'éventuels jurés étaient libérés après avoir eu des entretiens privés avec le juge. En outre, les actes du juge n'étaient pas autorisés par l'art. 600 du *Code*. Enfin, l'erreur du juge de première instance en l'espèce est de nature fondamentale et, <sup>c</sup> par conséquent, les dispositions réparatrices des art. 598, 599 et 613(1)(b)(iii) du *Code* ne sauraient s'appliquer.

En terminant, ces propos du juge Haines dans la décision *R. v. Elliot*, [1973] 3 O.R. 475 (H.C.) résument parfaitement tant le mode de mise en œuvre que les objectifs du processus de sélection du jury:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Il est beaucoup plus conforme aux réalités de la situation d'autoriser l'accusé, par l'entremise de son avocat, à poser dans la salle d'audience ces questions pertinentes concernant la partialité et l'aptitude du juré, sous l'œil vigilant du juge qui, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, protégera les intérêts du ministère public et de l'accusé, et assurera la bonne administration de la justice. Dans cette affaire, le tribunal

have found the juror fair and impartial. Justice is at its highest when its administration is shared by our citizens.

V

### Conclusion

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia, and order a new trial for the appellant. Although strictly speaking I do not have to decide the other three issues, for the guidance of the trial judge who re-tries the case I think it useful to state that I would agree with McIntyre J.'s opinions on those issues.

The reasons of McIntyre and Le Dain JJ. were delivered by

MCINTYRE J. (dissenting)—The appellant Barrow was jointly charged with one MacFadden and one Simpson with an offence under ss. 423(1)(d) and 110(1)(d) of the *Criminal Code*. The indictment is in these terms:

that [they] . . . unlawfully did . . . conspire together and with James G. Simpson and with various officials of the government of the Province of Nova Scotia and with another person or persons unknown, to demand or accept for the benefit of themselves or the Nova Scotia Liberal Association or a member or members thereof or another person or persons, rewards, advantages or benefits, as consideration for cooperation, assistance, exercise of influence or an act or omission in connection with the transaction of business with or any matter of business relating to the Province of Nova Scotia or any benefit that Her Majesty is authorized or is entitled to bestow, contrary to Section 423(1)(d) and 110(1)(d) of the *Criminal Code* of Canada.

Simpson pleaded guilty in the magistrates' court and was fined \$75,000. MacFadden and the appellant elected trial by judge and jury and after a preliminary inquiry they were committed to stand trial in the Supreme Court of Nova Scotia. The trial commenced on April 5, 1983. The Crown called extensive evidence and when it closed its case a motion was made by the defence for a directed verdict. This motion was denied and the appellant and MacFadden elected not to call evi-

lui-même se trouve rehaussé aux yeux du public. Le juré a été jugé juste et impartial par ses pairs. La justice est à son meilleur lorsque nos citoyens participent à son administration.

a

V

### Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et d'ordonner que l'appellant subisse un nouveau procès. À vrai dire, je n'ai pas à statuer sur les trois autres questions mais, afin d'éclairer le juge de première instance qui aura à réentendre l'affaire, j'estime utile de dire que je partage l'opinion du juge McIntyre sur ces questions.

Version française des motifs des juges McIntyre et Le Dain rendus par

LE JUGE MCINTYRE (dissident)—L'appellant Barrow a été accusé, conjointement avec les dénommés MacFadden et Simpson, d'avoir enfreint les al. 423(1)d) et 110(1)d) du *Code criminel*. D'après l'acte d'accusation, ils étaient accusés:

[TRADUCTION] D'avoir illicitement comploté ensemble et avec James G. Simpson et divers fonctionnaires du gouvernement de la province de la Nouvelle-Écosse, et avec une ou d'autres personnes dont l'identité n'est pas connue, d'exiger ou d'accepter, pour eux-mêmes, pour l'Association libérale de la Nouvelle-Écosse ou pour un ou des membres de celle-ci, ou pour une ou d'autres personnes, des récompenses, avantages ou bénéfices en considération d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou d'une omission concernant la conclusion d'affaires avec la province de la Nouvelle-Écosse ou une question d'affaires la concernant, ou un avantage que Sa Majesté est autorisée ou en droit d'accorder, contrairement aux al. 423(1)d) et 110(1)d) du *Code criminel* du Canada.

Simpson a plaidé coupable devant la Cour des magistrats et a été condamné à payer une amende de 75 000 \$. MacFadden et l'appellant ont choisi d'être jugés par un juge et un jury et, après enquête préliminaire, ils ont été renvoyés à leur procès en Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Le procès s'est ouvert le 5 avril 1983. Le ministère public a produit de nombreux éléments de preuve, après quoi la défense a présenté une requête en obtention d'un verdict imposé. La requête ayant

dence. On May 11, 1983, the jury returned a verdict of guilty against both accused and, on May 12, 1983, the trial judge sentenced each man to the payment of a fine of \$25,000.

The appellant appealed to the Appellate Division of the Supreme Court of Nova Scotia (the Court of Appeal). MacFadden did not appeal. The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal against conviction in reasons for judgment delivered September 11, 1984 (65 N.S.R. (2d) 1). The appellant was granted leave to appeal to this Court, pursuant to s. 618(1)(b) of the *Criminal Code*.

#### The Facts

In 1968, the Nova Scotia Liberal Association created a finance committee to raise funds for the purposes of the party. The Committee was composed of the appellant, as chairman, and MacFadden and Simpson who acted primarily as collectors. Two bank accounts were opened by the Committee for the purpose of receiving financial contributions. The accounts were in the name of Cambridge Investments and J. G. Simpson, in trust. The signing authorities on the Cambridge account were Simpson and MacFadden and, on the other, Simpson and his secretary. Monies collected or received were deposited to these accounts and then disbursed to several trust funds which had been set up over the years for the purposes of the Nova Scotia liberal party, to various individuals and the Nova Scotia Liberal Association. The common trustee of all the trust funds was the appellant.

According to the judgment of the Court of Appeal, which on this point is not challenged, the evidence, particularly documentary evidence, showed clearly that the appellant and his co-accused were at all times aware of the flow of cash through both bank accounts. Meticulous accounting records were kept with respect to the two accounts and none of the monies disbursed from the accounts or the various trust funds was

été rejetée, l'appelant et MacFadden ont choisi de ne pas présenter de preuve. Le 11 mai 1983, le jury a rendu un verdict de culpabilité à l'égard des deux accusés et, le 12 mai 1983, le juge de première instance les a condamnés à verser une amende de 25 000 \$ chacun.

L'appelant a interjeté appel à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (la Cour d'appel). MacFadden n'a pas interjeté appel. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'appelant à l'encontre de sa déclaration de culpabilité, dans des motifs de jugement rendus le 11 septembre 1984 (65 N.S.R. (2d) 1). L'appelant a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour, conformément à l'al. 618(1)b) du *Code criminel*.

#### Les faits

En 1968, l'Association libérale de la Nouvelle-Écosse créait un comité des finances chargé de recueillir des fonds pour le parti. Le comité se composait de l'appelant qui en était le président, et de MacFadden et Simpson qui assumaient principalement les fonctions de percepteur. Le comité a ouvert deux comptes bancaires pour y verser les contributions financières reçues. Les comptes étaient au nom de Cambridge Investments et de J. G. Simpson, en fiducie. Les personnes autorisées à signer étaient Simpson et MacFadden, dans le cas du compte Cambridge, et Simpson et sa secrétaire, dans l'autre cas. Les sommes réunies ou reçues étaient déposées dans ces comptes, puis réparties dans plusieurs fonds en fiducie constitués au cours des années pour les besoins du parti libéral de la Nouvelle-Écosse, et entre divers individus et l'Association libérale de la Nouvelle-Écosse. C'est l'appelant qui agissait à titre de fiduciaire commun de tous les fonds en fiducie.

Selon l'arrêt de la Cour d'appel, qui n'est pas contesté sur ce point, la preuve, en particulier la preuve documentaire, démontre clairement que l'appelant et ses coaccusés étaient en tout temps au fait de tous les déplacements de fonds dans les deux comptes bancaires. Une comptabilité minutieuse était tenue pour les deux comptes et aucune somme retirée des comptes ou des divers fonds en fiducie n'a été dépensée par l'appelant ou ses deux

expended by the appellant or his two co-accused for their own use or benefit. The evidence also revealed a close relationship between the members of the Committee, as well as a close connection between the committee members and government officials from whom they received information relating to such matters as the identity of those who were doing business with the Government of Nova Scotia.

In October of 1970, the liberal party defeated the then Government of Nova Scotia in a general election and formed the new government which held power until 1978. During the period from 1970 to 1978, the Committee collected contributions amounting in total to \$3,836,468.13, of which \$2,770,773.52 was deposited in one bank account and \$1,065,694.61 in the other. A police investigation commenced in the autumn of 1978 resulted in the seizure of many documents from government departments and agencies and also from several wineries, distilleries and other corporations. The evidence revealed that the contributions made by liquor and wine companies dealing with the government were based on a fixed amount per case of products sold to the Government. Other companies doing business with the government paid a percentage of monies they received from government work which ranged from three to five per cent.

The theory of the Crown was that the monies contributed to the Committee were not, in fact, bona fide political contributions but were payments made by them to ensure the continuation of their business relationship with the Government. To secure these contributions, the appellant and his two accused, out of their desire to support the liberal party in Nova Scotia, agreed among themselves to "peddle their influence with the Government" to the various companies doing business with the Government. The appellant defended on the basis that his character and reputation refuted the charge against him. It was said that the whole case for the Crown was an attempt to involve the appellant in conduct of the co-accused Simpson in which he was in no way involved. The appellant did not contend before the Court of Appeal, nor

coaccusés pour leur propre usage ou profit. La preuve a également révélé l'existence de rapports étroits entre les membres du comité eux-mêmes, et entre les membres du comité et les fonctionnaires du gouvernement qui les renseignaient notamment sur l'identité de ceux qui faisaient affaire avec le gouvernement de la Nouvelle-Écosse.

*b*

En octobre 1970, le parti libéral défaisait le gouvernement de la Nouvelle-Écosse de l'époque à la suite d'une élection générale et formait le nouveau gouvernement qui demeura au pouvoir jusqu'en 1978. De 1970 à 1978, le comité a perçu des contributions totalisant de 3 836 468,13 \$, dont 2 770 773,52 \$ ont été déposés dans un compte bancaire et 1 065 694,61 \$ dans l'autre. Une enquête policière, ouverte à l'automne 1978, a conduit à la saisie de nombreux documents de ministères et organismes gouvernementaux ainsi que de plusieurs établissements vinicoles, distilleries et autres sociétés. Il est ressorti de la preuve que les contributions des compagnies d'alcool et de vin faisant affaire avec le gouvernement étaient basées sur un montant fixe par caisse de produits vendus au gouvernement. D'autres compagnies faisant affaire avec le gouvernement versaient un pourcentage des sommes reçues pour les travaux effectués pour le gouvernement, lequel pourcentage variait de trois à cinq pour cent.

*g*

Selon la théorie du ministère public, les contributions remises au comité n'étaient pas, en fait, de véritables contributions politiques, mais plutôt des paiements pour assurer le maintien de leurs relations d'affaires avec le gouvernement. Pour obtenir ces contributions, l'appelant et ses deux coaccusés, dans le but de venir en aide au parti libéral de la Nouvelle-Écosse, avaient convenu entre eux de [TRADUCTION] «faire le trafic de leur influence auprès du gouvernement» en faveur des diverses compagnies faisant affaire avec celui-ci. L'appelant s'est défendu en faisant valoir que sa moralité et sa réputation réfutaient l'accusation portée contre lui. On a dit que toute la preuve du ministère public n'était rien d'autre qu'une tentative d'impliquer l'appelant dans les agissements de son coaccusé Simpson, avec lesquels il n'avait absolu-

does he in this Court, that the verdict of the jury was unreasonable or could not be supported by the evidence. He raised four grounds of appeal before the Court of Appeal and raised the same grounds in this Court. They are set out hereunder:

1. It is respectfully submitted that the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, erred in holding that the learned Trial Judge's examination under oath of members of the jury panel on April 5, 1983 in the absence of the appellants (and his counsel) did not vitiate the appellants' trial.

2. It is respectfully submitted that the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, erred in holding that the Nova Scotia Liberal Association is a "person" within the meaning of Section 110(1)(d) of the *Criminal Code of Canada*.

3. It is respectfully submitted that the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, erred in holding that the learned Trial Judge's instructions to the jury, referable to the co-conspirators' exception to the hearsay rule were correct.

4. It is respectfully submitted that the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, erred in holding that no miscarriage of justice was occasioned as a result of the learned Trial Judge's failure to instruct the jury as to the use, in law, that could be made of evidence of Senator Barrow's good character.

I will address the grounds in that order.

Right to Presence at Trial (s. 577(1) of the *Criminal Code*)

On April 5, 1983, the appellants and MacFadden were arraigned before a panel of jurors and pleaded not guilty. The trial judge, following what he described as "the ordinary procedure", then invited members of the panel to claim exemptions from jury service on grounds which included partiality as between the Crown and the accused. He said:

Members of the Jury Panel, you've just witnessed the procedure under which the two accused persons in this case, have been arraigned and you've heard the charge against them, and you've also heard their pleas of not guilty to the charge, in each case. Now, we will later this morning, be proceeding to select a Jury of twelve, who will try this case, which I may say, is the only case on the docket for which you have been called. It's usual at

ment rien à voir. L'appelant n'a pas soutenu devant la Cour d'appel, pas plus qu'il ne l'a fait devant nous, que le verdict du jury est déraisonnable ni qu'il ne peut être étayé par la preuve. Il soulève les mêmes quatre moyens d'appel dont il a excipé en Cour d'appel. Les voici:

[TRADUCTION] 1. L'appelant fait respectueusement valoir que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, a eu tort de juger que l'interrogatoire sous serment de membres du tableau des jurés auquel a procédé le juge de première instance le 5 avril 1983, en l'absence de l'appelant (et de son avocat) n'entachait pas de nullité le procès de l'appelant.

2. Il fait respectueusement valoir que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, a eu tort de juger que l'Association libérale de la Nouvelle-Écosse était une «personne» au sens de l'al. 110(1)d) du *Code criminel du Canada*.

3. Il fait respectueusement valoir que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, a eu tort de juger que les directives du juge de première instance au jury, au sujet de l'exception à la règle du oui-dire dans le cas des parties à un complot étaient appropriées.

4. Il fait respectueusement valoir que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, a eu tort de juger qu'aucune erreur judiciaire n'a résulté de l'absence de directives du juge de première instance au jury sur l'usage qui, en droit, pouvait être fait de la preuve de bonne moralité du sénateur Barrow.

Je vais traiter dans cet ordre les moyens invoqués.

Le droit d'être présent à son procès (par. 577(1) du *Code criminel*)

Le 5 avril 1983, l'appelant et MacFadden ont été interpellés devant les membres du tableau des jurés et ont plaidé non coupable. Le juge de première instance, se conformant à ce qu'il a appelé [TRADUCTION] «la procédure ordinaire», a alors invité les membres du tableau à demander une dispense, le cas échéant, notamment pour cause de partialité envers le ministère public ou les accusés. Il leur a dit:

[TRADUCTION] Mesdames et messieurs du tableau des jurés, vous venez d'assister à la procédure d'interpellation, dans ce cas-ci, de deux accusés; vous avez entendu l'accusation portée contre eux et vous avez aussi entendu leur plaidoyer de non-culpabilité dans les deux cas. Bon, nous procéderons plus tard ce matin à la formation d'un jury de douze personnes qui auront à juger cette affaire qui, si je puis me permettre, constitue la seule au rôle

this time, however, to invite members of the Jury panel to come forward and claim exemption if there's any circumstance, such as relationship to one of the accused, or other involvement with the case, that would prevent the Juror from serving impartially in the case. To that usual call for exemption claims, there are several matters I must add in this case. The first is, that there has been in the press and in the broadcast media considerable publicity about this case and I advise you that if exposure to that publicity in your opinion, would operate to prevent you from being impartial in this case, then you should come forward on that ground, as well as the others I've mentioned and claim exemption, and the other matter that I want to bring to your attention in inviting claims for exemption, is that it's anticipated that this case will last from four to six weeks and that, in some instances, may create special hardship and that can be a basis on which you may now claim exemption. So, with those words of explanation I invite persons claiming exemption in this case, now to come forward. You will be sworn and I will consider the basis of your claim and deal with it.

The trial judge then swore the individual claimants and considered their claims for exemption, doing so in the courtroom but out of hearing of the accused or his counsel. Counsel for the appellant commented on this procedure in response to an invitation by the trial judge:

I have just one very respectful submission to make to your Lordship. I realize there may be some very personal claims for exemption that would be none of my business, and I wouldn't want to listen to it, but since your Lordship invited the members of the Jury who might feel that they couldn't be impartial by reason of publicity to claim exemption on that basis, if some claim for exemptions made on that basis, I am wondering whether, my Lord, that shouldn't be a claim that we should be able to listen to. I am in your Lordship's hands as to that.

The trial judge replied:

I'm prepared Mr. Cooper to note in those instances what the ground of exemption is, but beyond that, I don't think we should depart from the ordinary procedure.

pour laquelle vous avez été assignés. Toutefois, il est d'usage, à ce moment-ci, d'inviter les membres du tableau des jurés à s'avancer et à demander une dispense si, pour une raison ou une autre, comme par exemple l'existence d'un lien de parenté avec l'un des accusés ou quelque autre implication dans cette affaire, le juré ne peut exercer cette fonction avec impartialité. Aux demandes de dispense habituelles, je me dois d'ajouter plusieurs autres choses en l'espèce. En premier lieu, la presse tant écrite que parlée a donné une publicité considérable à cette affaire, aussi est-il de mon devoir de vous dire que si l'influence de cette publicité, à votre avis, est de nature à vous empêcher d'être impartial dans cette affaire, vous devriez, autant pour ce motif que pour les autres que je viens de mentionner, vous avancer et demander une dispense; et l'autre point sur lequel je veux attirer votre attention, en vous invitant à demander une dispense, est que l'on s'attend à ce que ce procès dure de quatre à six semaines et que, dans certains cas, cela puisse occasionner des difficultés particulières, ce qui peut être une raison de demander, maintenant, une dispense. Bien, c'est avec ces explications que j'invite maintenant ceux qui veulent demander une dispense à s'avancer. Vous allez prêter serment, puis je vais examiner le fondement de votre demande et statuer sur celle-ci.

Le juge de première instance a alors fait prêter serment à ceux qui demandaient une dispense, puis il a examiné leur demande dans la salle d'audience, mais sans que l'accusé et son avocat puissent les entendre. À l'invitation du juge, l'avocat de l'appellant a formulé des observations concernant cette procédure:

[TRADUCTION] Je n'ai qu'une observation, très respectueuse, à faire votre Seigneurie. Je comprends qu'il puisse y avoir des demandes de dispense fort personnelles qu'il ne m'appartient pas de connaître, et je ne veux pas les entendre, mais puisque votre Seigneurie a invité les membres du jury qui pourraient se sentir incapables d'être impartiaux en raison de la publicité qui a entouré cette affaire, à demander une dispense, si certains devaient demander une dispense pour cette raison, je me demande si, votre Seigneurie, nous ne devrions pas être autorisés à les entendre. Je m'en remets à votre Seigneurie à cet égard.

Ce à quoi le juge a répondu:

[TRADUCTION] Je suis prêt, M<sup>c</sup> Cooper, à prendre note dans ces cas du motif de la dispense mais, pour le reste, je ne pense pas que nous devrions nous écarter de la procédure habituelle.

He proceeded to hear claims for exemption, still out of hearing of the appellant and his counsel. In the end, he granted thirty-six exemptions from service. No reasons were given for the exemptions of thirty-two of the jurors, but the judge gave reasons in respect of the remaining four in these terms (the jurors' names are omitted):

#85 ... is excused on the ground of his association with the accused persons in this case. It's not necessary ... that you remain here.

#11 ... is excused on the ground of familiarity with the publicity concerning the case and his relationship to a minister of government.

#34 [is excused as he] served on the Grand Jury that dealt with this case.

#75 ... is excused on the ground that he feels that he cannot be impartial in his case because of the nature of the case.

Jury selection then began from the remaining panel members. Each one was challenged for cause. The appropriate procedures for such challenges provided for in the *Criminal Code* were followed and no objection has been made on that ground. As a result, each juror who was empanelled to try the accused's case had been challenged for cause according to law and had survived the challenge. On the basis of these facts, the appellant's first ground is advanced.

The appellant submits that his right under s. 577 of the *Criminal Code* to be "present in court during the whole of his trial" was violated when the trial judge examined jurors for partiality out of hearing of the accused and his counsel. This submission raises two issues: (1) Was the accused present during the examination of the panel members claiming exemption? (2) Was the examination of those claiming exemption conducted "during" the trial? With respect to the first issue, I agree with the Court of Appeal and counsel for the appellant that the accused was not present when the trial judge conducted his examination of persons claiming exemption. "The presence of the accused means not merely that he must be physically in attendance, but also that he must be capable of understanding the nature of the proceedings": *R. v. Lee Kun*, [1916] 1 K.B. 337. Although the appellant was physically present

Il a alors procédé à l'audition des demandes de dispense, toujours sans que l'appelant et son avocat ne puisse entendre ce qui se disait. Finalement, il a accordé trente-six dispenses. Le juge n'a fourni aucune raison pour les dispenses de trente-deux jurés, mais, pour les quatre derniers, il a donné les motifs suivants (les noms des jurés sont omis):

[TRADUCTION] Il y a dispense en faveur du n° 85 en raison de ses rapports avec les accusés. Votre présence n'est plus requise.

Il y a dispense en faveur du n° 11 en raison de ce qu'il a appris par suite de la publicité qui a entouré l'affaire et de ses rapports avec un ministre du gouvernement.

Il y a dispense en faveur du n° 34, celui-ci ayant siégé au grand jury qui a été saisi de l'affaire.

Il y a dispense en faveur du n° 75 pour le motif qu'il se sent incapable d'être impartial dans cette affaire vu la nature de celle-ci.

On a alors procédé à la formation du jury en puisant parmi les membres restants du tableau des jurés. Ils ont tous fait l'objet d'une récusation motivée. La procédure prévue dans le *Code criminel* pour ces récusations a été respectée, sans qu'aucune objection ne soit faite à ce sujet. Il en résulte que chaque juré choisi pour juger les accusés a fait l'objet d'une récusation motivée conformément à la loi, laquelle récusation a été jugée non fondée dans chaque cas. Se basant sur ces faits, l'appelant fait valoir son premier moyen.

L'appelant soutient que son droit, en vertu de l'art. 577 du *Code criminel*, d'être «présent en cour pendant tout son procès» a été violé lorsque le juge a interrogé les jurés pour vérifier leur impartialité, sans que l'accusé et son avocat ne puissent les entendre. Cet argument soulève deux questions: (1) L'accusé était-il présent au cours de l'interrogatoire des membres du tableau des jurés qui demandaient une dispense? (2) L'interrogatoire de ceux qui demandaient une dispense a-t-il eu lieu «pendant» le procès? Pour ce qui est de la première question, je reconnais avec la Cour d'appel et l'avocat de l'appelant que l'accusé n'était pas présent lorsque le juge a interrogé ceux qui demandaient une exemption. [TRADUCTION] «La présence de l'accusé ne signifie pas simplement qu'il doit être physiquement présent, cela signifie aussi qu'il doit pouvoir comprendre la nature de la procédure en cours»: *R. v. Lee Kun*, [1916] 1 K.B.

during the trial judge's examination of the jurors, neither he nor his counsel was permitted to hear the examination. It is, therefore, clear that the accused was not "present" in any effective sense.

The second issue is more difficult than the first and depends upon the meaning of the expression, the "whole of the trial", in s. 577. The word "trial" was considered by this Court in *Basarabas and Spek v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 730. In that case, the Court was asked to determine when a jury trial commences for the purposes of s. 573 of the *Criminal Code*, which provides for the discharge of a juror by the trial judge "in the course of a trial". The trial judge in the case discharged a juror after the jury had been empanelled and sworn, and pleas of not guilty entered, but before the accused had been put in the jury's charge and before the Crown was called upon to present its case. The Court, *per* Dickson J. (as he then was) held, at pp. 741-42, that for the purposes of s. 573 the trial commences when the accused has been placed in charge of the jury. However Dickson J. had earlier noted that the meaning of the word trial varies with the language of the section in question and with the circumstances. He stated, at p. 740, that:

First, the time of commencement of a jury trial will vary according to the circumstances and the language of the section of the *Criminal Code* being applied. Thus, the word "trial" in s. 577(1) which assures the accused the right to be present "during the whole of his trial" will be liberally construed to afford the accused the right to be present during the selection of the jury. In like manner, the word "trial" in s. 566 which denies the prosecutor the right to direct a juror to stand by on the trial of an indictment for the publication of a defamatory libel will be interpreted to embrace the proceedings preceding the empanelling of the jury. In other sections "trial" may have a different connotation depending upon the section of the *Code* being applied.

The meaning of the expression "the whole of the trial" will therefore depend upon the language of s. 577, the principles underlying the section and the circumstances of the case. A circumstance of particular importance in this case is the nature of the

337. Certes, l'appelant était physiquement présent pendant que le juge interrogeait les jurés, mais ni lui ni son avocat ne se sont vu permettre d'entendre ce qui se disait. Il est donc clair que l'accusé *a* n'était pas vraiment «présent» au sens véritable.

Il est plus difficile de répondre à la seconde question qu'à la première et cette réponse dépend du sens de l'expression «pendant tout son procès» que l'on trouve à l'art. 577. La Cour s'est déjà penchée sur le terme «procès» dans l'arrêt *Basarabas et Spek c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 730. Dans cette affaire, on demandait à la Cour de déterminer quand commence un procès devant jury aux fins de l'art. 573 du *Code criminel*, qui prévoit que le juge peut libérer un juré «au cours d'un procès». Le juge de première instance, dans cette affaire, avait libéré un juré après que le jury eut été formé et assermenté et que des plaidoyers de non-culpabilité eurent été inscrits, mais avant que le sort des accusés ait été confié au jury et que le ministère public ait été appelé à faire sa preuve. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) s'exprimant au nom de la Cour, conclut, aux pp. 741 et 742, que pour les fins de l'art. 573, le procès commence lorsque l'accusé a été confié au jury. Cependant, le juge Dickson avait rappelé auparavant que le sens du terme «procès» varie selon le texte de l'article en cause et selon les circonstances. Il dit, à la p. 740:

Premièrement, le moment du début d'un procès devant jury peut varier suivant les circonstances et le texte de l'article du *Code criminel* qui s'applique. Ainsi, le terme «procès» au par. 577(1) qui assure à l'accusé le droit d'être présent «pendant tout son procès» sera interprété de façon libérale pour donner à l'accusé le droit d'être présent pendant le choix des jurés. De même, le terme «procès» à l'art. 566 qui interdit au poursuivant d'ordonner la mise à l'écart d'un juré dans un procès sur un acte d'accusation pour la publication d'un libelle diffamatoire sera interprété de manière à comprendre les procédures qui précèdent la formation du jury. Dans d'autres articles, «procès» peut avoir une connotation différente selon l'article du *Code* qui s'applique.

Le sens de l'expression «pendant tout son procès» sera donc fonction du texte de l'art. 577, des principes sous-jacents à cet article et des circonstances entourant l'espèce. Une circonstance qui revêt une importance particulière en l'espèce est la



communications or proceedings from which the accused was excluded.

The meaning of "trial" in s. 577 of the *Criminal Code* and the principles underlying the section were considered by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Hertrich*, (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (Ont. C.A.) Speaking for a unanimous court, Martin J.A. outlined the general approach to s. 577, at p. 527:

Generally speaking, the trial of an accused does not commence until after plea: see *Giroux v. The King* (1917), 29 C.C.C. 258 at p. 268. However, "trial" for the purpose of the principle that an accused is entitled to be present at his trial clearly includes proceedings which are part of the normal trial process for determining the guilt or innocence of the accused such as arraignment and plea, the empanelling of the jury, the reception of evidence (including *voir dire* proceedings with respect to the admissibility of evidence), rulings on evidence, arguments of counsel, addresses of counsel to the jury, the judge's charge, including requests by the jury for further instructions, the reception of the verdict and the imposition of sentence if the accused is found guilty.

Later, at p. 537, he added:

... the characterization of a proceeding as a part of the trial in relation to the accused's right to be present at the proceeding would seem to depend upon whether his exclusion from the proceeding violates his right to be present so that at all times he may have direct knowledge of anything that transpires in the course of his trial which could involve his vital interests. [Emphasis added.]

The general approach developed by the Court of Appeal was expressly adopted by this Court in *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2, at p. 10, in a case where the trial judge interviewed jurors in his chambers in the absence of the accused or counsel, but after they had been sworn and had heard evidence.

While anything that occurs in the course of the courtroom proceedings which could involve the accused's vital interests should constitute part of the trial, it is clear that not every step in the long process leading to the ultimate verdict will be part

nature des propos échangés ou de la procédure dont l'accusé a été exclu.

La Cour d'appel de l'Ontario a examiné le sens du terme «procès» à l'art. 577 du *Code criminel* et les principes sous-jacents à cet article, dans son arrêt *R. v. Hertrich* (1982), 67 C.C.C. (2d) 510 (C.A. Ont.) Au nom d'une cour unanime, le juge Martin expose, à la p. 527, la façon générale d'aborder l'art. 577:

[TRADUCTION] En règle générale, le procès d'un accusé ne commence qu'après le plaidoyer: voir *Giroux v. The King* (1917), 29 C.C.C. 258, à la p. 268. Toutefois, le terme «procès», aux fins du principe selon lequel un accusé a le droit d'être présent à son procès, inclut manifestement les procédures qui font partie intégrante du processus normal du procès en vue de décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, comme l'interpellation et le plaidoyer, la formation du jury, la réception des éléments de preuve (y compris les procédures de voir-dire concernant l'admissibilité d'éléments de preuve), les décisions au sujet des éléments de preuve, les plaidoiries des avocats, dont celles au jury, l'exposé du juge au jury, y compris les demandes de directives supplémentaires du jury, le prononcé du verdict et de la sentence si l'accusé est reconnu coupable.

Plus loin, à la p. 537, il ajoute:

[TRADUCTION] ... la qualification d'une procédure comme faisant partie intégrante du procès, par rapport au droit de l'accusé d'être présent pendant qu'elle se déroule, semble dépendre de la question de savoir si son exclusion de cette procédure a pour effet de violer son droit d'être présent de manière à pouvoir, en tout temps, avoir directement connaissance de tout ce qui se passe au cours de son procès qui puisse mettre en cause ses intérêts vitaux. [Je souligne.]

La Cour a adopté expressément le point de vue général de la Cour d'appel dans l'arrêt *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2, à la p. 10, une affaire où le juge de première instance avait interrogé des jurés dans son cabinet en l'absence de l'accusé ou de son avocat, mais après qu'ils eurent prêté serment et eurent été saisis de la preuve.

Si tout événement survenu à l'audience qui est susceptible de mettre en cause les intérêts vitaux de l'accusé devrait faire partie intégrante du procès, il est néanmoins clair que ce ne sont pas toutes les étapes du long processus qui conduit

of the trial for the purposes of s. 577. As Martin J.A. stated in *Hertrich, supra*, at p. 529:

Manifestly, however, not everything that occurs during a trial is a part of the trial. Zuber J.A., speaking for this court, in *R. v. Grimba, supra*, said at p. 574 C.C.C., p. 744 D.L.R., p. 548 O.R.:

The Crown points out, however, that improper exclusion from the court-room by itself does not contravene s. 577. Something must transpire in the court-room which can be said to be a part of the trial. Obviously, if following the exclusion of the appellant for his misconduct, the Court had recessed for a time and then resumed in his presence, the appellant could not claim that he was not present during his trial. In *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] Que. Q.B. 94n, Casey J. of the Quebec Court of Appeal put the question as follows at p. 17:

“Our problem is whether the Court proceeded, whether it did anything of a nature to advance the case, in the absence of the appellant. If it did not appellant’s argument must be rejected; if it did the conviction must be quashed.”

Subsequent cases have repeated this question and have used the phrase “advance the case”: *Collin v. The Queen* (1968), 5 C.R.N.S. 201, [1968] Que. Q.B. 340n. I cannot think that this phrase was intended to be definitive. It is one way of putting the essential question of whether or not the trial continued and it is of little consequence whether the continuance embraced the adduction of evidence, the presentation of argument, rulings on evidentiary points, the address to the jury, etc.

I accept the remarks of Zuber J.A. and would add that during the course of the trial things may occur that, although in one sense part of the trial, cannot reasonably be considered to be a part of the trial for the purpose of the present principle, because they cannot reasonably be said to have a bearing on the substantive conduct of the trial, or the issue of guilt or innocence.

Later, at p. 539, he added:

Obviously, as previously indicated, not every communication between the judge and the jury or a juror that may occur during the trial is a part of the trial. For example, the mere communication by the judge to the jury in the absence of the accused of an administrative decision that he has made, that if the jury were unable

ultimement au verdict, qui font partie du procès aux fins de l’art. 577. Comme le juge Martin l’affirme dans l’arrêt *Hertrich*, précité, à la p. 529:

[TRADUCTION] Manifestement, toutefois, ce n’est pas tout ce qui se produit au cours d’un procès qui en fait partie intégrante. Le juge Zuber, s’exprimant au nom de la cour dans l’arrêt *R. v. Grimba*, précité, dit à la p. 574, C.C.C., p. 744 D.L.R., p. 548 O.R.:

Le ministère public souligne cependant qu’une exclusion irrégulière du prétoire ne contrevient pas en soi à l’art. 577. Il doit se passer quelque chose à l’audience qu’on puisse qualifier de partie intégrante du procès. De toute évidence si, après avoir expulsé l’appellant pour inconduite, la cour ajourne pendant quelques instants pour reprendre la séance en sa présence, l’appellant ne saurait prétendre qu’il n’a pas été présent au cours de son procès. Dans l’arrêt *Meunier v. The Queen* (1965), 48 C.R. 14, [1966] B.R. 94n, le juge Casey de la Cour d’appel du Québec énonce ainsi la question, à la p. 17:

«Notre problème est de savoir si la Cour a procédé, si elle a fait quelque chose de nature à faire avancer l’affaire, en l’absence de l’appellant. Si ce n’est pas le cas, l’argument de l’appellant doit être rejeté; si c’est le cas, la déclaration de culpabilité doit être annulée.»

La jurisprudence subséquente réitère cette question et utilise l’expression «faire avancer l’affaire»: *Collin v. The Queen* (1968), 5 C.R.N.S. 201, [1968] B.R. 340n. Je ne puis croire qu’on a voulu conférer à cette expression un caractère définitif. C’est une façon de poser la question essentielle de savoir si le procès se poursuivait; il importe peu que la poursuite du procès ait comporté la présentation d’éléments de preuve et de plaidoiries, des décisions sur des questions de preuve, l’exposé au jury, etc.

J’accepte les remarques du juge Zuber et j’ajouterais qu’au cours du procès certains événements peuvent se produire qui, quoique en un sens ils fassent partie du procès, ne peuvent raisonnablement être considérés comme en faisant partie pour les fins du présent principe, parce qu’on ne peut raisonnablement considérer qu’ils ont un effet sur la conduite du procès en soi, ou sur la question de la culpabilité ou de l’innocence.

Plus loin, à la p. 539, il ajoute:

[TRADUCTION] De toute évidence, comme je l’ai indiqué précédemment, ce ne sont pas tous les propos qui peuvent être échangés entre le juge et le jury ou un juré, au cours du procès, qui en font partie. Par exemple, la simple communication par le juge au jury, en l’absence de l’accusé, d’une décision administrative qu’il a prise,

to reach a verdict, they would go to a hotel that night and resume deliberations the next day, is not a violation of s. 577: see *R. v. Hamilton* (1980), 58 C.C.C. (2d) 467. And in the present case, for example, the communication by the deputy sheriff to the judge of the information with respect to the anonymous telephone call, and the preliminary in-chambers conference with counsel to determine the necessity for an inquiry and the form that it should take clearly did not constitute part of the trial.

Applying these principles, the issue before us is whether the judge's examination of members of the jury panel for partiality, prior to selection of the jury to try the case, constituted part of the trial, in that it involved the accused's vital interests and could reasonably be said to have a bearing on the substantive conduct of the trial and the issue of guilt or innocence.

The courts have consistently held that after the jury has been empanelled an examination of a juror for partiality by the trial judge in the absence of the accused violates the accused's rights under s. 577 of the *Criminal Code*. In *R. v. Côté and Vézina*, [1982] C.A. 419, 3 C.C.C. (3d) 155 (hereinafter cited to C.C.C.), the trial judge received notes from two of the jurors alleging that two of the other jurors were being or had been influenced by one of the accused. The trial judge informed the accused and their counsel of these communications and attempted to obtain their consent to interview privately the two jurors who had sent the notes. After failing to obtain their consent, he decided to interview the two jurors before a court reporter but in the absence of the accused and counsel. Following the interviews, the trial judge was satisfied that there was no foundation for the allegations and informed counsel that "there is no valid reason that the jury cannot, will not, be able to or should not continue its deliberations in order to arrive at their verdict". The trial proceeded and the accused were convicted.

On appeal, the majority of the Court of Appeal (Owen and Malouf J.J.A.) found that the interviews violated the accused's rights under s. 577

portant que si le jury était incapable d'arriver à un verdict, il passerait cette nuit-là à l'hôtel pour reprendre ses délibérations le jour suivant, ne viole pas l'art. 577: voir l'arrêt *R. v. Hamilton* (1980), 58 C.C.C. (2d) 467.

<sup>a</sup> Et en l'espèce, par exemple, la communication par le shérif adjoint au juge du renseignement au sujet de l'appel téléphonique anonyme, et la conférence préliminaire en cabinet avec les avocats, pour déterminer s'il était nécessaire de procéder à une enquête et la forme qu'elle devrait prendre, ne faisaient clairement pas partie du procès.

Appliquant ces principes, la question dont nous sommes saisis est de savoir si l'interrogatoire de certains membres du tableau des jurés, auquel a procédé le juge afin de vérifier leur impartialité, avant la formation du jury de jugement, faisait partie intégrante du procès du fait qu'il mettait en cause les intérêts vitaux de l'accusé et qu'il pouvait raisonnablement être considéré comme ayant un effet sur la conduite du procès en soi, ou sur la question de la culpabilité ou de l'innocence.

<sup>e</sup> Les tribunaux ont constamment jugé qu'une fois le jury formé, l'interrogatoire d'un juré par le juge, en vue de vérifier son impartialité, en l'absence de l'accusé, viole les droits conférés à ce dernier par l'art. 577 du *Code criminel*. Dans l'affaire *Côté c. R.*, [1982] C.A. 419, le juge de première instance avait reçu des messages de deux jurées qui alléguaient que deux autres jurés étaient ou avaient été influencés par l'un des accusés. Le juge informa les accusés et leurs avocats de ces communications et tenta d'obtenir leur consentement à un interrogatoire privé des deux jurées qui avaient rédigé les messages. N'ayant pu obtenir leur consentement, il décida d'interroger les deux jurées en présence d'un sténographe judiciaire, mais en l'absence des accusés et de leurs avocats. Après les interrogatoires, le juge du procès, convaincu que les allégations étaient sans fondement, a informé les accusés «qu'il n'y a aucune raison valable pour laquelle le jury ne peut pas, ne pourra pas ou ne devra pas continuer ses délibérations afin d'arriver à leur verdict». Le procès s'est poursuivi et les accusés ont été reconnus coupables.

<sup>j</sup> En appel, la Cour d'appel à la majorité (les juges Owen et Malouf) a conclu que les interrogatoires violaient les droits conférés à l'accusé par

and ordered a new trial. Owen J.A. stated in his reasons, at p. 160, that:

The right to a trial by an impartial jury is a fundamental one. The accused has the right to be present when the jury is empanelled and the impartiality of prospective jurors is considered. In virtue of the same principle, the accused has the right to be present when an inquiry is conducted to determine whether the impartiality of the jurors has been affected after they have been sworn in and before the verdict has been rendered.

Malouf J.A. in separate reasons stated, at p. 188, that:

The authorities cited in the opinion of my colleague, Mr. Justice Owen, clearly show that such a proceeding is part of the trial. The jurors questioned are the very same persons who, together with the remaining members of the panel, will be called upon to decide the guilt or innocence of each accused. This is an issue vital to each accused. Surely, any matter which could influence the members of the jury in the verdict that they are called upon to render is part of the trial. It is so in this case.

L'Heureux-Dubé J.A., in dissent, was of the view that the interviews were a preliminary investigation for determining the impartiality of the jurors and therefore did not violate s. 577.

The judgment of the Court of Appeal was upheld on appeal to this Court. Lamer J., speaking for a unanimous court, stated, at p. 13:

In this case it is abundantly clear from the written messages that the partiality of jurors was in issue. L'Heureux-Dubé J.A. concluded that this is not so relying in part on what was eventually reported in the transcripts of the exchange between the judge and the jurors in chambers. This analysis, in my respectful view, misses the point. For it is confusing the determination of whether partiality was in issue with the further determination of the issue of partiality. Finding the jurors impartial does not mean that their impartiality was not in issue. It merely means that the issue was determined in favour of their impartiality. The events of this case well illustrate the need for the issue of partiality to be determined in the presence of the accused, specifically when one considers that counsel for the accused argued their motion for a mistrial without knowing what the jurors had to say as regards the partiality of others, not knowing whether the jurors had conveyed to their fellow

l'art. 577 et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge Owen affirme dans ses motifs, à la p. 434:

[TRADUCTION] Le droit d'être jugé par un jury impartial est fondamental. L'accusé a le droit d'être présent lors de la formation du jury et de l'examen de l'impartialité d'éventuels jurés. En vertu du même principe, l'accusé a le droit d'être présent lorsqu'une enquête est menée pour déterminer si l'impartialité des jurés a été altérée après leur assermentation, mais avant que le verdict n'ait été rendu.

Le juge Malouf, dans une opinion distincte, dit à la p. 439:

[TRADUCTION] La jurisprudence citée dans l'opinion de mon collègue le juge Owen indique clairement que cette procédure fait partie intégrante du procès. Les jurées interrogées sont ces mêmes personnes qui, avec les autres membres du jury, auront à juger de la culpabilité ou de l'innocence de chaque accusé. C'est là une question vitale pour chaque accusé. Sûrement, tout ce qui peut influencer les membres du jury dans le verdict qu'ils sont appelés à rendre fait partie intégrante du procès. Il en est ainsi en l'espèce.

Le juge L'Heureux-Dubé, dissidente, était d'avis que les interrogatoires constituaient une enquête préliminaire visant à déterminer l'impartialité des jurées et que, par conséquent, ils ne violaient pas l'art. 577.

L'arrêt de la Cour d'appel a été confirmé lorsqu'on s'est pourvu en cette Cour. Le juge Lamer, au nom de la Cour à l'unanimité, dit à la p. 13:

En l'espèce, il est parfaitement clair, d'après les messages écrits, que la partialité de certains jurés était en cause. Le juge L'Heureux-Dubé conclut que tel n'est pas le cas en se fondant notamment sur ce que rapporte la transcription des conversations qu'ont eu le juge et les jurées dans son cabinet. Cette analyse, à mon avis, porte à faux car elle confond la question de savoir si la partialité des jurés est mise en question avec celle de savoir si les jurés sont impartiaux ou non. En venir à la conclusion que les jurés sont impartiaux ne veut pas dire que leur impartialité n'a pas été mise en cause. Cela veut simplement dire que cette question a été résolue en faveur de leur impartialité. Les événements de cette affaire illustrent bien la nécessité qu'il y avait de résoudre la question de la partialité en présence des accusés, particulièrement si l'on considère que les avocats des accusés ont plaidé leur requête en avortement de procès sans connaître ce que les jurées avaient à dire au sujet de

jurors including the suspects, their suspicions, and not even knowing whether the judge had met with those jurors. I would therefore dismiss the Crown's appeal.

The accused's presence when jurors are interviewed for partiality was also considered in *Hertrich, supra*. The relevant facts in *Hertrich* are conveniently set out in the head-note to 67 C.C.C. (2d) 510, in these terms, at p. 511:

The three accused and two others were tried on a charge of the first degree murder and following a lengthy trial the three accused were convicted. During the trial it was brought to the trial judge's attention that two anonymous telephone calls had been received at the home of one of the jurors and that during one of the calls it was stated that the accused Sk had killed twice before. This juror had then told another juror of the anonymous telephone call. The trial judge brought defence counsel into his chambers and informed him of the information he had received concerning the jurors. Over objection of some of the counsel the trial judge then conducted an inquiry in his chambers in the presence of counsel but in the absence of the accused. Both jurors were examined under oath and indicated that they felt they could still be true to their oath as jurors. The trial judge then brought the two jurors into open court and indicated that what had been said in the anonymous telephone call was not true and he then refused an application by defence counsel for a mistrial. Proceedings were then resumed with the full jury where it was explained that one of the jurors had received an anonymous telephone call, had discussed it with another juror but that there was no suggestion that the call came from anyone associated with the trial and that the trial judge was satisfied that the trial could continue. The trial thereafter resumed.

On appeal, Martin J.A., speaking for the court, held, at p. 539, that:

Each of the opposing views on this question can justly lay claim to both pragmatic and intellectual support. However, in my opinion, after a great deal of careful consideration, the right of the accused to have direct knowledge of anything that transpires in the course of his trial which could involve his vital interests tips the scales in favour of the view that the in-chambers examination of the jurors was part of the trial.

la partialité des autres, sans savoir si ces jurées avaient communiqué leurs soupçons à leurs collègues jurés, y compris aux suspects, ni même sans savoir si le juge avait rencontré ces jurées. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi de Sa Majesté.

La présence de l'accusé lors de l'interrogatoire de jurés pour vérifier leur impartialité a aussi été étudiée dans l'arrêt *Hertrich*, précité. Les faits pertinents de l'affaire *Hertrich* sont bien résumés dans le sommaire du recueil 67 C.C.C. (2d) 510, à la p. 511:

[TRADUCTION] Les trois accusés et deux autres personnes furent jugés pour meurtre au premier degré et, après un long procès, furent reconnus coupables tous les trois. Au cours du procès, on a souligné au juge de première instance que deux appels téléphoniques anonymes avaient été reçus au domicile de l'un des jurés et que, pendant l'un de ces appels, on avait déclaré que l'accusé Sk avait déjà tué deux fois. Ce juré avait alors fait part à un autre juré de l'appel anonyme. Le juge de première instance a fait venir l'avocat de la défense à son cabinet pour lui parler des renseignements qu'il avait obtenus concernant ces jurés. Malgré l'opposition de certains des avocats, le juge a alors procédé à une enquête dans son cabinet en présence des avocats, mais en l'absence des accusés. Les deux jurés ont été interrogés sous serment et ont indiqué qu'ils estimaient pouvoir respecter leur serment de juré. Le juge a alors ramené les deux jurés à l'audience et a déclaré que ce qui avait été dit au cours de l'appel téléphonique anonyme n'était pas vrai, puis il a rejeté la requête de l'avocat de la défense en avortement de procès. L'instance a alors repris devant le jury au complet, auquel on a expliqué que l'un des jurés avait reçu un appel téléphonique anonyme, en avait parlé à un autre juré, mais que rien ne laissait supposer que l'auteur de l'appel était mêlé au procès et que le juge était convaincu que le procès pouvait se poursuivre. Le procès a alors repris.

En appel, le juge Martin a conclu, au nom de la cour, à la p. 539:

[TRADUCTION] Chacune des opinions opposées sur cette question peut, à bon droit, trouver un fondement tant pragmatique qu'intellectuel. J'estime toutefois, après avoir mûrement réfléchi, que le droit de l'accusé d'avoir directement connaissance de tout ce qui se passe au cours de son procès, qui puisse mettre en cause ses intérêts vitaux, doit prévaloir et faire pencher la balance en faveur de la thèse selon laquelle l'interrogatoire des jurés en cabinet faisait partie intégrante du procès.

I have, therefore, concluded that the examination of the jurors on April 6th was a part of the trial for the purpose of the rule here under consideration. The proceeding involved the vital issue whether the jurors in question were affected by the anonymous telephone calls and whether the appellants could receive a fair trial if those jurors continued to serve on the jury. The appellants were entitled to be present to hear from the jurors' own lips whether they were affected by those telephone calls and whether the calls prevented them from continuing to discharge their duties as jurors.

A similar view was expressed in *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109 (B.C.C.A.) and *Frisco v. The Queen*, [1971] C.A. 176, 14 C.R.N.S. 194.

It is therefore clear that the accused's rights, under s. 577 of the *Criminal Code*, will be violated if the trial judge examines a juror for partiality in the absence of the accused after the jury has been empanelled. But, the situation is profoundly different if the trial judge examines jurors for partiality prior to the jury selection process under the *Code*. To appreciate the significance of this difference, it is useful to outline the procedures for summoning and selecting juries. There are two distinct steps involved in providing a jury to try an individual case. The first step involves assembling the jury panel from which individual juries are to be selected. According to s. 554 of the *Code*, this step is governed by provincial law, which in this case is the *Nova Scotia Juries Act*, S.N.S. 1969, c. 12, as amended. The second step is governed by ss. 558 to 571 of the *Code* and involves the selection from the jury panel of a jury to try a particular case.

Considering the initial step in more detail, the *Juries Act* sets out the criteria for qualification for and exemption from jury service. It further details the procedure for assembling jury panels for each jury district in the province. Under the Act, the Attorney General appoints a jury committee for each jury district. The proceedings of the committee are to be conducted in secrecy. Each year, the jury committee randomly selects the names of prospective jurors from voters lists or, if necessary, from tax rolls and other lists of qualified persons.

J'ai donc conclu que l'interrogatoire des jurés le 6 avril faisait partie intégrante du procès aux fins de la règle qui est en cause ici. La procédure comportait un point vital: les jurés en question avaient-ils été influencés par les appels téléphoniques anonymes et les appelants pouvaient-ils subir un procès équitable si ces personnes continuaient d'être membres du jury? Les appelants avaient le droit d'être présents et d'apprendre de la bouche même des jurés si les appels téléphoniques les avaient influencés et si ces appels ne leur permettaient plus de continuer à remplir la fonction de juré.

Une opinion similaire a été exprimée dans l'arrêt *R. v. Fenton* (1984), 11 C.C.C. (3d) 109 (C.A.C.-B.), et dans l'arrêt *Frisco v. The Queen*, [1971] C.A. 176, 14 C.R.N.S. 194.

Il est donc clair que les droits que confère à l'accusé l'art. 577 du *Code criminel* seront violés si le juge de première instance interroge un juré afin de vérifier son impartialité, en l'absence de l'accusé et après la formation du jury. Mais la situation est fort différente si le juge interroge des jurés afin de vérifier leur impartialité, avant la formation du jury selon la procédure prévue par le *Code*. Pour apprécier l'importance de cette distinction, il peut être utile d'exposer la procédure d'assignation et de sélection des jurés. La formation d'un jury chargé d'entendre une affaire donnée comporte deux étapes distinctes. La première étape consiste à constituer le tableau à partir duquel sera sélectionné chaque juré. D'après l'art. 554 du *Code*, cette étape est régie par la loi provinciale applicable qui, en l'espèce, est la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse, S.N.S. 1969, chap. 12 et ses modifications. La seconde étape est régie par les art. 558 à 571 du *Code* et consiste à sélectionner, à même le tableau des jurés, un jury chargé d'entendre une affaire donnée.

Voyons de plus près la première étape: la *Juries Act* énonce les critères d'aptitude et de dispense de la fonction de juré. Il décrit en outre la procédure de constitution des tableaux de jurés pour chaque district de jury dans la province. Selon la Loi, le procureur général nomme une commission du jury pour chaque district de jury. Les procédures de la commission doivent se dérouler en secret. Chaque année, la commission du jury choisit au hasard les noms de jurés éventuels sur les listes électorales ou, si nécessaire, sur les rôles fonciers ou d'autres listes

In selecting the names of persons, the jury committee reviews each name to determine whether the person is both qualified to serve and not exempted from service as a juror. When the list is completed it is certified by the committee and presented to a judge, who must satisfy himself on information given by the jury officer that the jurors have been properly selected and the list properly prepared. If the list is approved by the judge, it becomes the jury list for the district until a new one is prepared. Whenever a jury is required, the judge who is to preside at the session of the court or the chief justice selects at random from the list the number of jurors he thinks necessary to form a jury panel. The names of the jurors selected for the panel are made public four to eight days before the stated date for the appearance of the jury by posting the names in the office of the Prothonotary of the Supreme Court of the jury district.

It can be seen at once that this process of drawing up a jury list and assembling a jury panel for a particular session is designed to create a pool of disinterested jurors. It is a process in which an individual accused plays no part and has no right to intervene except "on the ground of partiality, fraud or wilful misconduct on the part of the sheriff or his deputies by whom the panel was returned" (s. 558 of the *Code*). The accused has no interest in the process, save the interest of any citizen in the due administration of the law.

The second step in the procedure involves the selection of the jury from the jury panel. As set out in the *Code*, the name of each juror on the panel is written on a card which is placed in a box by the clerk of the court. The clerk then draws at random one card at a time from the box and calls out the name of the juror on the card. As each juror is called, counsel for the accused or the Crown may challenge the juror for cause on a number of specific grounds enumerated in s. 567, including the ground that "a juror is not indifferent between the Queen and the accused". In addition, counsel for the accused and the Crown may challenge a

de personnes aptes à faire fonction de juré. En choisissant les noms de personnes, la commission du jury passe en revue chaque nom pour déterminer si cette personne remplit les conditions d'aptitude et si elle n'est pas dispensée de la fonction de juré. Une fois la liste complétée, la commission la certifie et la présente à un juge qui doit s'assurer, sur la foi des renseignements que lui donne l'officier de justice responsable du jury, que les jurés ont été sélectionnés et la liste dressée régulièrement. Si le juge approuve la liste, elle devient la liste du jury pour le district jusqu'à ce qu'une nouvelle liste soit dressée. Chaque fois qu'un jury est requis, le juge qui doit présider la session judiciaire ou le juge en chef extrait de la liste, par tirage au sort, le nombre de jurés qu'il estime nécessaire à la constitution d'un tableau des jurés. Les noms des jurés choisis pour former le tableau sont rendus publics de quatre à huit jours avant la date fixée pour la convocation des jurés, par affichage des noms dans le bureau du protonotaire de la Cour suprême du district de jury.

On voit aussitôt que cette procédure de formation, par tirage au sort, d'une liste de jurés dont est extraite un tableau de jurés pour une session donnée vise à constituer une réserve de jurés impartiaux. C'est une procédure dans laquelle un accusé ne joue aucun rôle et n'a nullement le droit d'intervenir, sauf «pour le motif de partialité, de fraude ou de mauvaise conduite volontaire de la part du shérif ou de ses adjoints par qui la liste a été rapportée» (art. 558 du *Code*). L'accusé n'a d'autre intérêt dans cette procédure, que celui que tout citoyen a dans la bonne application de la loi.

La deuxième étape de la procédure comporte la formation du jury à partir du tableau des jurés. Comme l'expose le *Code*, le nom de chaque juré figurant au tableau est inscrit sur une carte que le greffier de la cour place dans une boîte. Ensuite, le greffier tire au hasard les cartes, une à la fois, et procède à l'appel du nom du juré inscrit sur la carte. À l'appel de chaque juré, l'avocat de l'accusé ou du ministère public peut demander sa récusation motivée pour un certain nombre de raisons précises énumérées à l'art. 567, y compris pour le motif «qu'un juré n'est pas impartial entre la Reine et l'accusé». En outre, l'avocat de l'accusé

fixed number of jurors without cause. This procedure continues until twelve jurors have been selected. During this procedure, the accused has a right to be present and to participate in the process to ensure that the jurors selected are impartial and that his vital interests are protected.

At any stage during the first step in assembling the jury panel a judge "may grant to any person exemption from service as a juror at the whole or part of that session upon application by or on behalf of that person", (s. 4(2) of the *Juries Act*). This section (s. 4(2) of the *Juries Act*) gives statutory recognition in provincial law to a practice which has been approved for application in the criminal law by very high authority. In the case of *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, the Ontario Court of Appeal (Gale C.J.O., Jessup, Arnup, Dubin and Martin J.J.A.) in a *per curiam* judgment dealt with questions relating to challenges for cause, empanelling of jurors, and the position of the trial judge in assuring impartiality of jurors. The court expressed the view that a fundamental assumption of the jury process, as carried out in Canadian criminal law, was that jurors would observe and follow the direction of the trial judge in reaching their verdict and base their judgment upon the evidence before them and not upon preconceptions on matters of which they had received knowledge before the trial. At trial, counsel for the accused had asked that the trial judge address the jury panel and direct that if any potential juror had any connection with the accused he should declare himself prior to being sworn. The trial judge refused. The Court of Appeal, in considering the whole question of challenges for cause under the *Criminal Code* and the question of partiality of jurors, quoted with approval the apt words of Seaton J.A. in *R. v. Makow* (1974), 20 C.C.C. (2d) 513, at p. 519, "an accused is entitled to an indifferent jury not a favourable one". Reference was made as well to the English practice direction (jurors) issued by Lord Widgery C.J. on January 12, [1973] 1 All E.R. 240, in these terms:

et celui du ministère public peuvent récuser péremptoirement un nombre fixe de jurés. Cette procédure se poursuit jusqu'à ce que douze jurés aient été choisis. L'accusé a le droit d'assister et de participer au déroulement de cette procédure pour s'assurer que les jurés désignés sont impartiaux et que ses intérêts vitaux sont protégés.

À tout moment au cours de la première étape, celle de la constitution du tableau des jurés, un juge [TRADUCTION] «peut dispenser toute personne de remplir la fonction de juré, pendant la totalité ou une partie de la session, sur demande présentée par cette personne ou pour son compte (par. 4(2) de la *Juries Act*). Ce paragraphe (le par. 4(2) de la *Juries Act*) légalise en droit provincial une pratique dont l'application en droit criminel a été approuvée par de très hautes instances. Dans l'arrêt *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Gale et les juges Jessup, Arnup, Dubin et Martin), dans un arrêt *per curiam*, s'est prononcée sur les questions des récusations motivées, de la formation du jury et de la position du juge chargé d'assurer l'impartialité des jurés. La cour s'est dite d'avis qu'une présomption fondamentale du système du jury, que l'on trouve en droit criminel canadien, est que les jurés respectent et suivent les directives du juge pour arriver à leur verdict et qu'ils fondent leur jugement sur la preuve qui leur a été soumise et non sur des idées préconçues au sujet de questions dont ils ont eu connaissance avant le procès. Au procès, l'avocat de l'accusé avait demandé au juge de s'adresser aux membres du tableau des jurés pour leur dire que si l'un des jurés en puissance entretenait des rapports quelconques avec l'accusé, il devrait le déclarer avant de prêter serment. Le juge avait refusé. La Cour d'appel, en examinant l'ensemble de la question des récusations motivées prévues par le *Code criminel* et la question de la partialité des jurés, cite en les approuvant les propos fort justes du juge Seaton dans l'arrêt *R. v. Makow* (1974), 20 C.C.C. (2d) 513, à la p. 519: [TRADUCTION] «un accusé a droit à un jury impartial, non à un jury favorable». On a aussi mentionné la directive anglaise en matière de procédure (jurés), formulée par le lord juge en chef Widgery, le 12 janvier 1973, [1973] 1 All E.R. 240:



I have to make a practice direction which is made after consultation with the judges of the Queen's Bench and Family Divisions. A jury consists of 12 individuals chosen at random from the appropriate panel. A juror should be excused if he is personally concerned in the facts of the particular case, or closely connected with a party to the proceedings or with a prospective witness. He may also be excused at the discretion of the judge on grounds of personal hardship or conscientious objection to jury service. It is contrary to established practice for jurors to be excused on more general grounds such as race, religion, or political beliefs or occupation.

On the general question of partiality in jurors and the position of a trial judge in these matters, the court said, at pp. 292-93:

Turning to the practical consideration of the methods by which the process should be carried out [insuring impartiality of jurors] we deal first with the kind of obvious partiality dealt with in the English practice direction. Some trial Judges make a practice of saying to the jury panel, before the selection process begins, something of this nature:

If there is anyone on this panel who is closely connected with a party to this case or with a witness who is to testify, will you please stand?

(Rarely does anyone respond.) If someone does stand, the trial Judge asks him to come forward (usually to the jury-box), and inquires further as to that person's connection with the case. To take obvious examples, if the juror is the uncle of the accused, or the wife of a witness, or the brother of the investigating police officer, he ought not to serve.

In our view, the trial Judge on his own should excuse that prospective juror from the case, without more ado. The *Criminal Code* makes no express provision for it, but it does not expressly or impliedly forbid it either, and in our view it is in the power of the trial Judge as part of his function of ensuring a fair trial. We think the practice of excusing jurors of obvious partiality is a desirable one in all cases.

And, at pp. 296-97, he said:

Finally, there is Mr. Hamilton's "afterthought" at the trial, that the trial Judge should inquire generally of the panel whether any of them had "any connection with the accused". From our earlier observations as to the appropriate procedure, it follows that in our view it would have been desirable for the trial Judge to have acceded

[TRADUCTION] Il me faut énoncer une directive en matière de procédure, après avoir consulté les juges du Banc de la Reine et des Divisions de la famille. Un jury se compose de douze individus extraits au hasard du tableau approprié. Un juré doit être libéré s'il est personnellement concerné par les faits de l'affaire en cause ou s'il est lié de près à une partie à l'instance, ou à un témoin éventuel. Il peut aussi être libéré, à la discrétion du juge, pour cause de difficultés personnelles ou d'objection de conscience à remplir la fonction de juré. Il est contraire à la pratique établie de libérer des jurés pour des motifs plus généraux comme la race, la religion, les convictions politiques ou l'occupation.

Quant à la question de la partialité des jurés et de la position que doit adopter le juge de première instance à ce sujet, la cour affirme, aux pp. 292 et 293:

[TRADUCTION] Pour en venir à l'aspect pratique des modes de mise en œuvre de la procédure [visant à assurer l'impartialité des jurés], nous traiterons d'abord du genre de partialité manifeste que vise la directive anglaise en matière de procédure. Certains juges ont l'habitude de dire aux membres du tableau des jurés, avant que ne commence le processus de sélection, quelque chose comme:

Si l'un d'entre vous est lié de près à une partie à la présente affaire ou à une personne qui doit témoigner, aurait-il l'obligeance de se lever?

(Il est rare que quelqu'un se lève.) Si quelqu'un se lève, le juge lui demande de s'avancer (habituellement jusqu'au banc des jurés) et il s'enquiert plus longuement de ses liens avec l'affaire. Pour prendre des exemples évidents, si le juré est l'oncle de l'accusé ou le conjoint d'un témoin ou le frère du policier enquêteur, il ne devrait pas remplir cette fonction.

À notre avis, le juge devrait de sa propre initiative libérer ce juré éventuel sans plus tarder. Le *Code criminel* ne le prévoit pas expressément, mais il ne l'interdit pas non plus expressément ou tacitement et, à notre avis, le juge a le pouvoir de le faire, de par sa fonction qui consiste à assurer un procès équitable. Nous pensons que la pratique d'accorder une dispense aux jurés dont la partialité est manifeste est souhaitable dans tous les cas.

Et, aux pp. 296 et 297, il dit:

[TRADUCTION] Enfin, il y a «la réflexion après coup» de M<sup>c</sup> Hamilton en cours d'instance, selon laquelle le juge devrait s'enquérir auprès des membres du tableau en général pour savoir si l'un d'entre eux a eu «quelque rapport avec l'accusé». De nos observations antérieures sur la procédure appropriée, il découle qu'à notre avis il

to this request, and indeed to have "screened" the panel for what we have called obvious cases of partiality. There is not the slightest suggestion that in fact any juror chosen had any connection whatever with the accused, and we decline to hold that this ruling vitiated the trial. If it were otherwise, most of the criminal trials heretofore held in Ontario have been likewise vitiated.

In my view, the course taken by the trial judge in the case at bar was quite proper and well within the scope of the propositions that emerge from *Hubbert*, which have been set out above. The only question which could be raised to distinguish what occurred in the case at bar is that the trial judge conducted his inquiry in the absence of the accused and his counsel. From the authorities earlier cited, the question is whether the judge's inquiry of panel members as to partiality could affect the vital interests of the accused, touching on the question of guilt or innocence. It is evident from the foregoing review of the *Juries Act* that the questioning of the jurors in the courtroom was a part of the first step of the jury process, that is, the constitution of the jury panel, and comes within the provisions of the *Juries Act*. In interviewing the jurors as he did, the trial judge was exercising powers in relation to the selection of the panel in accordance with what we were told is normal procedure and it is also evident that he was exercising a power known and approved in proceedings under the *Criminal Code*. This is a step in which the appellant has no part and, as has been said, no legal right to intervene. As long as the procedure adopted to constitute the jury panel conforms with the Act and produces a diverse and disinterested group, no vital interest of the accused is affected. As said by Seaton J.A., *supra*, an accused person is entitled at law to have an indifferent rather than a favourable jury. The process by which the *Juries Act* provides for the creation of the jury panel, based on a random choice, from among those members of the community who are eligible for jury service is designed to achieve that objective. That process involved a judicial examination of the jury lists and a judicial discretion to excuse or exempt jurors. Following completion of this process, the accused is entitled to challenge jurors on

eut été souhaitable que le juge acquiesce à cette requête et même «passe au crible» le tableau afin de découvrir ce que nous avons appelé des cas manifestes de partialité. Il n'y a pas la moindre insinuation que l'un des jurés choisis a effectivement eu des rapports avec l'accusé, aussi refusons-nous de juger que cette décision ait eu pour effet d'entacher de nullité le procès. S'il devait en être autrement, la plupart des procès criminels qui se sont déroulés en Ontario auraient de même été entachés de nullité.

À mon avis, la ligne de conduite adoptée par le juge de première instance en l'espèce était tout à fait régulière et conforme aux propositions exposées ci-dessus, qui se dégagent de l'arrêt *Hubbert*. La seule question qu'on pourrait soulever pour distinguer ce qui s'est passé en l'espèce, c'est que le juge de première instance a procédé à son enquête en l'absence de l'accusé et de son avocat. Il ressort de la jurisprudence déjà citée que la question est de savoir si l'enquête du juge visant à vérifier l'impartialité des membres du tableau pourrait avoir une incidence sur les intérêts vitaux de l'accusé, quant à la question de sa culpabilité ou de son innocence. Il ressort de l'examen de la *Juries Act* fait ci-dessus que l'interrogatoire des jurés, effectué dans la salle d'audience, faisait partie de la première étape du processus de formation du jury, c'est-à-dire la constitution du tableau des jurés, et qu'il est régi par les dispositions de la *Juries Act*. En interrogeant les jurés comme il l'a fait, le juge de première instance exerçait des pouvoirs relatifs à la constitution du tableau, conformément à ce qu'on nous a dit être la procédure normale, et il est aussi évident qu'il exerçait un pouvoir connu et approuvé dans les procédures régies par le *Code criminel*. C'est là une étape où l'appellant ne joue aucun rôle et où, comme je l'ai dit, il n'a nullement le droit d'intervenir. Tant que la procédure adoptée pour la constitution du tableau des jurés respecte la Loi et qu'il en résulte un groupe d'individus hétérogène et impartial, il n'est porté atteinte à aucun intérêt vital de l'accusé. Comme l'a dit le juge Seaton, précité, selon la loi, un accusé a droit à un jury impartial plutôt qu'à un jury favorable. La procédure prescrite par la *Juries Act* pour la constitution du tableau des jurés, fondée sur un tirage au sort parmi les membres de la collectivité admissibles à exercer la fonction de juré, est conçue pour atteindre cet

a variety of grounds, including partiality, as provided in the *Criminal Code*. That is what occurred here. Each juror who served on the jury was challenged for cause under the *Criminal Code* in the presence of the accused and each one survived the challenge. The appellant thus obtained—as nearly as the law can provide—that to which he is entitled, an impartial jury, and participated in those procedures which affected his vital interests. I would reject this ground of appeal.

### Is the Nova Scotia Liberal Association a Person?

Is the Nova Scotia Liberal Association a “person” within the meaning of s. 110(1)(d) of the *Criminal Code*? Section 110(1)(d) of the *Code* upon which the indictment in part is based makes it an offence to offer or agree to accept for himself or another person a reward, advantage or benefit of any kind as consideration for the exercise of influence. It was argued that the main recipient of any alleged benefits was the Nova Scotia Liberal Association, and that the Association is not a “person” within the meaning of s. 110(1)(d) of the *Code*. I am in agreement with the Court of Appeal that for the purposes of s. 110(1)(d) of the *Code* the Nova Scotia Liberal Association is a person. I accept the reasoning of the Court of Appeal on this point. In my view, the word “person” in s. 110(1)(d) of the *Code* must be read in the light of s. 2 of the *Criminal Code*, which provides, in part:

2. ...

“every one”, “person”, “owner”, and similar expressions include Her Majesty and public bodies, bodies corporate, societies, companies and inhabitants of counties, parishes, municipalities or other districts in relation to the acts and things that they are capable of doing and owning respectively;

The Nova Scotia Liberal Association clearly falls within the meaning of the word “society” in s. 2.

objectif. Cette procédure comporte un examen par le juge des listes de jurés qui ont été dressées et le pouvoir discrétionnaire du juge de libérer certains jurés ou de leur accorder une dispense. Cette procédure terminée, l'accusé a le droit de récuser les jurés pour diverses raisons, dont la partialité, comme le prévoit le *Code criminel*. C'est ce qui s'est passé ici. Chaque juré qui composait le jury a fait, sans succès, l'objet d'une récusation motivée en vertu du *Code criminel*, en présence de l'accusé. L'appelant a ainsi obtenu, autant que le permettait la loi, ce à quoi il avait droit, savoir un jury impartial, et a participé aux procédures qui touchaient à ses intérêts vitaux. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

### L'Association libérale de la Nouvelle-Écosse est-elle une personne?

L'Association libérale de la Nouvelle-Écosse est-elle une «personne» au sens de l'al. 110(1)d) du *Code criminel*? Aux termes de l'al. 110(1)d) du *Code*, sur lequel l'acte d'accusation est en partie fondé, constitue une infraction le fait d'offrir ou de convenir d'accepter pour soi-même ou pour une autre personne, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature, en considération d'un exercice d'influence. On a soutenu que le principal bénéficiaire de tous les bénéfices allégués était l'Association libérale de la Nouvelle-Écosse et que cette association n'est pas une «personne» au sens de l'al. 110(1)d) du *Code*. Je partage l'opinion de la Cour d'appel que, pour les fins de l'al. 110(1)d) du *Code*, l'Association libérale de la Nouvelle-Écosse est une personne. J'accepte le raisonnement de la Cour d'appel sur ce point. À mon avis, le terme «personne», à l'al. 110(1)d) du *Code*, doit être interprété en fonction de l'art. 2 du *Code criminel*, qui porte notamment:

2. ...

«quiconque», «individu», «personne», «propriétaire» et les expressions similaires comprennent Sa Majesté et les corps publics, les corporations constituées, sociétés, compagnies, ainsi que les habitants de comtés, paroisses, municipalités ou autres districts à l'égard des actes et choses qu'ils sont capables d'accomplir et de posséder respectivement;

L'Association libérale de la Nouvelle-Écosse est clairement visée par le terme «société» de l'art. 2. Il

There was evidence that the Nova Scotia Liberal Association was an active organization, hiring staff, renting premises, receiving and disbursing funds and carrying on general political activities. To hold that the Association was not a "person" and, therefore, not within the purview of s. 110(1)(d) of the *Criminal Code*, would lead to an absurd result and frustrate the obvious purpose of the enactment. I would reject this ground of appeal.

### Conspirator's Exception to the Hearsay Rule

The appellant concedes that the charge of the trial judge on the question of the application of the conspirator's exception to the hearsay rule was generally in accordance with the decision of this Court in *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938. This was also the view of the Court of Appeal which conveniently summarized in three steps, at p. 486, the approach propounded in *Carter*:

1. The trier of fact must first be satisfied beyond reasonable doubt that the alleged conspiracy in fact existed.
2. If the alleged conspiracy is found to exist then the trier of fact must review all the evidence that is directly admissible against the accused and decide on a balance of probabilities whether or not he is a member of the conspiracy.
3. If the trier of fact concludes on a balance of probabilities that the accused is a member of the conspiracy then he or they must go on and decide whether the Crown has established such membership beyond reasonable doubt. In this last step, only the trier of fact can apply the hearsay exception and consider evidence of acts and declarations of co-conspirators done in furtherance of the object of the conspiracy as evidence against the accused on the issue of his guilt.

It was argued for the appellant that while the indictment referred to unnamed conspirators, the Crown's case was that the only members of the conspiracy were the appellant and his two co-accused. Accordingly, in determining beyond a reasonable doubt on all the evidence whether a conspiracy had existed at the first stage of their

ressort de la preuve soumise que l'Association libérale de la Nouvelle-Écosse est un organisme actif, qui embauche du personnel, loue des locaux, reçoit et distribue des fonds et exerce des activités politiques d'ordre général. Prétendre que l'Association n'est pas une «personne» et qu'elle n'est donc pas visée par l'al. 110(1)d) du *Code criminel* mènerait à un résultat absurde et serait contraire à l'objet manifeste de la disposition. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

### L'exception à la règle du oui-dire à l'égard du conspirateur

L'appellant reconnaît que les directives du juge de première instance sur la question de l'application de l'exception à la règle du oui-dire à l'égard du conspirateur étaient, en général, conformes à notre arrêt *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938. Ce fut aussi l'avis de la Cour d'appel qui, à la p. 486, résume bien, en la divisant en trois étapes, la démarche proposée par l'arrêt *Carter*:

[TRADUCTION]

1. Le juge des faits doit d'abord être convaincu, hors de tout doute raisonnable, que le complot imputé a effectivement existé.
2. S'il est constaté que le complot imputé a existé, le juge des faits doit alors examiner tous les éléments de preuve, directement admissibles contre l'accusé, puis décider si, selon la prépondérance des probabilités, il a participé au complot.
3. Si le juge des faits conclut que, selon la prépondérance des probabilités, l'accusé a participé au complot, il doit alors aller plus loin et décider si le ministère public a établi l'existence de cette participation hors de tout doute raisonnable. Ce n'est qu'à ce dernier stade que le juge des faits peut appliquer l'exception à la règle du oui-dire et considérer les éléments de preuve relatifs à des actes et déclarations d'autres parties au complot, dans la poursuite de l'objet du complot, comme des éléments de preuve jouant contre l'accusé quant à la question de sa culpabilité.

On a soutenu au nom de l'appellant que, quoique l'acte d'accusation fit mention d'autres parties au complot sans les nommer, il ressortait néanmoins de la thèse du ministère public que les seules parties au complot étaient l'appellant et ses deux coaccusés. Par conséquent, pour déterminer hors de tout doute raisonnable en fonction de l'ensem-

deliberations, the jury must necessarily have determined on all the evidence and beyond a reasonable doubt that either MacFadden or the appellant, or both, were members of the conspiracy. It was submitted that this instruction undermined the rationale of the conspirator's exception to the hearsay rule, in that the jury of necessity determined the guilt of one or both of the accused *ab initio* on all the evidence tendered at the trial.

This argument, in my view, is based upon a misunderstanding and misconstruction of this Court's decision in *Carter*. It rests upon the proposition that in taking the first step in the *Carter* case the jury would of necessity have to determine beyond a reasonable doubt the identity of at least two persons involved in the conspiracy. This, in my view, does not follow. It may often be true, that in determining beyond a reasonable doubt the existence of a conspiracy one may also determine the identity of some of the members. On some occasions and in respect of some conspirators it may not be necessary to have resort to the hearsay exception, but this is not always so. It is entirely possible, and not uncommon, to be satisfied beyond a reasonable doubt on all the evidence that a conspiracy for the purposes alleged in the indictment existed while still being uncertain as to the identity of all the conspirators. Once this is understood it becomes evident that there is no substance to the appellant's argument. On this first step what is considered is the existence of the conspiracy, not individual membership. At this point the hearsay exception is inapplicable. This is in accordance with the view expressed by Martin J.A. in *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525, in reference to the conspirator's exception to the hearsay rule, where he said, at p. 544:

It only comes into play, however, where there is evidence fit to be considered by the jury that the conspiracy alleged between A and B exists. It is clear that where the fact in issue to be proved is whether a conspiracy exists between A and B, A's acts, or declarations

ble de la preuve soumise si un complot avait existé, au cours de cette première phase de ses délibérations, le jury devait nécessairement avoir conclu, d'après l'ensemble de la preuve soumise et hors de tout doute raisonnable, que soit MacFadden, soit l'appellant, soit les deux à la fois, étaient parties au complot. On a fait valoir que cette directive sapait le fondement même de l'exception à la règle du oui-dire à l'égard du conspirateur, du fait le jury avait nécessairement au départ conclu à la culpabilité de l'un ou des deux accusés en se fondant sur l'ensemble de la preuve soumise au procès.

Cet argument, à mon avis, repose sur une conception et une interprétation erronées de notre arrêt *Carter*. Il se fonde sur la proposition selon laquelle, au cours de la première étape, selon l'arrêt *Carter*, le jury devrait nécessairement établir, hors de tout doute raisonnable, l'identité d'au moins deux parties au complot. À mon avis, ce n'est pas forcément le cas. Il peut souvent arriver qu'en établissant hors de tout doute raisonnable l'existence d'un complot, on puisse aussi établir l'identité de certains des conspirateurs. Dans certains cas et pour certains conspirateurs, il peut ne pas être nécessaire d'avoir recours à l'exception à la règle du oui-dire, mais il n'en est pas toujours ainsi. Il est tout à fait possible et loin d'être rare que l'on soit convaincu hors de tout doute raisonnable, d'après l'ensemble de la preuve soumise, qu'un complot, pour les fins alléguées dans l'acte d'accusation, a existé, tout en demeurant dans l'incertitude quant à l'identité de toutes les personnes qui y ont participé. Une fois qu'on a compris cela, il devient évident que l'argument de l'appellant est sans fondement. Au cours de cette première étape, ce qui est examiné, c'est l'existence du complot, et non pas l'identité de ceux qui y ont participé. À ce stade, l'exception à la règle du oui-dire est inapplicable. Cela est conforme à l'opinion exprimée par le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525, où, au sujet de l'exception à la règle du oui-dire à l'égard du conspirateur, il affirme à la p. 544:

[TRADUCTION] Elle n'entre en jeu, toutefois, que s'il y a des éléments de preuve, qui peuvent être laissés à l'appréciation du jury, que le complot imputé entre A et B existe. Il est clair que, lorsqu'il s'agit de prouver l'existence d'un complot entre A et B, on ne saurait avoir

implicating B cannot be used to prove that B was a party to the conspiracy, in the absence of some other evidence admissible against B to bring him within the conspiracy: see *Savard and Lizotte v. The King* (1945), 85 C.C.C. 254 at p. 262, [1946] 3 D.L.R. 468, [1946] S.C.R. 20 at p. 29.

Where, at this stage, the “evidence fit to go to a jury” does not satisfy the trier of fact according to the criminal standard of proof that the conspiracy existed, it need go no further for no conspiracy has been shown. The remaining steps, as outlined in *Carter*, follow only where the trier of fact has reached its first determination—that the conspiracy exists.

Applying the *Carter* approach to the case at bar, it must be observed that there were three conspirators named and that the evidence directly admissible against each differed in some particulars, particularly in the case of the appellant who had little if any direct contact with the persons doing business with the Government while the other two did. There was evidence upon which the jury could conclude that a conspiracy did exist, and much of the evidence as it would apply to each individual charged would be hearsay. The hearsay exception was therefore available to the Crown, if the jury on a consideration of the evidence directly admissible against each individual had reached, in respect of each of the accused, a conclusion as to membership in the conspiracy. The jury was properly instructed as to their duties in this respect and it is evident that they concluded on both issues, conspiracy and membership, against the appellant.

In argument it was suggested that the *Carter* approach could not apply to an allegation of a conspiracy between two people. Indeed, this seemed to be at the root of the argument advanced on this issue. It was formerly considered, where there were two conspirators only (and no others), that both must be convicted or both acquitted.

recours aux actes de A ou à ses déclarations impliquant B pour prouver que B était partie au complot, en l'absence de quelque autre élément de preuve admissible contre B, qui l'implique dans le complot: voir l'arrêt *Savard and Lizotte v. The King* (1945), 85 C.C.C. 254, à la p. 262, [1946] 3 D.L.R. 468, [1946] R.C.S. 20, à la p. 29.

Lorsqu'à ce stade les «éléments de preuve qui peuvent être laissés à l'appréciation du jury» ne convainquent pas le juge des faits, selon la norme de preuve applicable en matière criminelle, qu'il y a eu complot, il n'a pas à aller plus loin puisque l'existence d'un complot n'a pas été établie. On ne passe aux étapes suivantes, comme il est exposé dans l'arrêt *Carter*, que si le juge des faits a effectué une première constatation: qu'il y a bel et bien complot.

Appliquant la démarche de l'arrêt *Carter* à l'espèce, il faut souligner que trois parties au complot étaient identifiées et que les éléments de preuve directement admissibles contre chacune d'elle différaient à certains égards, particulièrement dans le cas de l'appelant qui, contrairement aux deux autres, n'avait eu que peu ou pas de contacts directs avec ceux qui faisaient affaire avec le gouvernement. Il y avait des éléments de preuve qui permettaient au jury de conclure qu'il y avait bien eu complot, et une grande partie des éléments de preuve produits, en ce qui concerne chaque individu inculqué, était du ouï-dire. Le ministère public pouvait donc se prévaloir de l'exception à la règle du ouï-dire si le jury, après examen des éléments de preuve directement admissibles contre chaque individu, avait conclu, relativement à chaque accusé, qu'il était partie au complot. Le jury a reçu des directives appropriées quant à ses fonctions à cet égard et il est évident qu'il est arrivé à une conclusion défavorable à l'appelant sur les deux points, savoir le complot et les conspirateurs.

Au cours du débat, on a prétendu que la démarche de l'arrêt *Carter* ne pouvait s'appliquer à une allégation de complot entre deux individus. Il semble même que ce soit là le fondement de l'argument qu'on a fait valoir sur ce point. On estimait autrefois, lorsqu'il n'y avait que deux parties au complot (et personne d'autre), qu'il

This was to avoid an inconsistency in verdicts, to avoid a finding that A was guilty of conspiring with B but that, on the same occasion, B was not guilty of conspiring with A. This problem would not, of course, arise at bar where three accused conspirators were involved but, in any event, in the present state of our law it could not prevail. The former view has been authoritatively rejected in the judgment of the majority of this Court in *Guimond v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 960. It is not necessary for me to discuss in any detail the majority judgment of Ritchie J. in that case in which he reviewed and distinguished the earlier authorities and made special reference to *Director of Public Prosecutions v. Shannon*, [1975] A.C. 717. He said, at p. 977 [S.C.R.]:

I think it can be taken, that where only two persons are charged with conspiracy and they are separately tried whether or not they are separately indicted, the conviction of one is not necessarily invalidated by the acquittal of the other.

In my view, these words are equally applicable to a case where the two conspirators were jointly charged and jointly tried.

In my view, there is no inconsistency in this position. The apparently inconsistent verdict does not result from the impossible conclusion that A conspired with B to commit a given crime and that B did not conspire with A on the same occasion to commit the same crime, but rather from the fact that there was evidence admissible against A to establish his guilt but no sufficient evidence admissible against B to prove his participation. The fact that upon arrest Mr. A says to the police "Yes, B and I agreed to murder X" will not be admissible against B does not deprive it of its evidentiary force against A.

I would reject this ground of appeal.

#### Use of Character Evidence

The defence of the appellant at trial was that his good name and reputation refuted the charges. There was a good deal of evidence of the appel-

fallait que les deux soient reconnues coupables ou acquittées. Cela, pour éviter une incompatibilité de verdicts, pour éviter de reconnaître A coupable d'un complot avec B sans que B ne soit coupable de complot avec A. Il va sans dire que ce problème ne se poserait pas en l'espèce, puisque trois personnes sont accusées de complot mais, quoi qu'il en soit, dans l'état actuel de notre droit, l'argument ne saurait être accepté. L'ancien point de vue a été rejeté péremptoirement dans notre arrêt majoritaire *Guimond c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 960. Il ne m'est pas nécessaire d'analyser en profondeur l'opinion majoritaire rédigée par le juge Ritchie dans cette affaire, où il étudie la jurisprudence antérieure, qu'il distingue de l'espèce, et se réfère en particulier à l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Shannon*, [1975] A.C. 717. Il dit, à la p. 977 [R.C.S.]:

À mon avis, on peut considérer maintenant que lorsque deux personnes seulement sont accusées de complot et sont jugées séparément, sur un même acte d'accusation ou non, la déclaration de culpabilité de l'une n'est pas nécessairement invalidée par l'acquiescement de l'autre.

J'estime que ces propos s'appliquent également à une affaire où les deux parties au complot ont été inculpées et jugées conjointement.

À mon sens, il n'y a rien d'illogique dans cette position. Le verdict qui paraît illogique ne résulte pas de l'impossibilité de conclure que A a comploté avec B pour commettre un crime donné et que B n'a pas comploté avec A, à la même occasion, pour commettre le même crime, mais plutôt du fait qu'il existe des éléments de preuve admissibles contre A, qui peuvent établir sa culpabilité, et qu'il n'y a pas d'éléments de preuve suffisants admissibles contre B, pour prouver sa participation. Le fait que M. A ait déclaré à la police, lors de son arrestation, «Oui, B et moi avons convenu d'assassiner X», ne sera pas admissible contre B, mais cela ne supprime pas sa force probante contre A.

Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

#### Le recours à la preuve de moralité

Au procès, l'appellant a invoqué comme moyen de défense que sa bonne réputation réfutait les accusations. Le jury a été saisi d'un nombre impor-

lant's good character and reputation before the jury. Great stress was placed upon it by the defence and there can be no doubt that it was forcefully brought before the jury. In dealing with this point in his directions to the jury, the trial judge said:

In the case of Senator Barrow, you may take the following evidence into account at the second stage of your deliberations, and you will take it into account against the background of the general matters that I covered at the beginning of my review—what I have described as background evidence, in other words, of Senator Barrow's association with Mr. MacFadden and Mr. Simpson in connection with the financial and other affairs of the Liberal party, and, in the same category, evidence of his association with party figures, including the fact that he was regarded as a senior statesman and adviser whose opinion was respected by the Premier and others. In that same category, you must also take into account the uncontradicted evidence of many witnesses who testified as to the character and reputation of Senator Barrow as a man of honesty and integrity and as to his many unpaid public and charitable endeavours. All of that is background.

In referring to the theory of defence, he also stated:

There are differences in detail in the submissions that were made on behalf of Senator Barrow and those made on behalf of Mr. MacFadden. The position taken on behalf of Senator Barrow was that his character and reputation deny the charge against him, that the whole case for the Crown is an attempt to implicate Senator Barrow in conduct on the part of Mr. Simpson in which he was not involved, that being indicated by the fact that none of the liquor representatives knew Senator Barrow. It's argued on his behalf that no significance can be attached to the finding of some Liquor Commission documents in his possession since he was not a collector. As to the handling of funds, Senator Barrow was merely an administrator.

Counsel for the appellant, in addressing the issue in this Court, acknowledged that in reviewing the evidence for the jury the trial judge related instances where witnesses testified to the appellant's good reputation for integrity and honesty. It was argued, however, that evidence of good char-

tant d'éléments de preuve de la bonne moralité et réputation de l'appelant. La défense a insisté beaucoup sur ce moyen et il ne peut y avoir de doute que le jury ait été fortement invité à en apprécier la valeur. En traitant de ce point dans ses directives au jury, le juge de première instance a dit:

[TRADUCTION] Dans le cas du sénateur Barrow, vous pourrez tenir compte des éléments de preuve suivants dans la seconde phase de vos délibérations, et vous en tiendrez compte en fonction des généralités que j'ai exposées au début de mon examen et que j'ai qualifiées d'éléments de preuve contextuels, en d'autres termes, de l'association du sénateur Barrow avec M.M. MacFadden et Simpson relativement aux affaires financières et autres du parti libéral et, dans la même catégorie, des éléments de preuve de son association avec des personnalités du parti, y compris le fait qu'il était considéré comme un homme d'État chevronné et un conseiller dont l'opinion était respectée par le Premier ministre notamment. Du même coup, vous devez aussi tenir compte des nombreux témoignages, non contredits, sur la moralité et la réputation du sénateur Barrow qui est considéré comme un homme honnête et intègre, et sur sa participation fréquente à des œuvres charitables ou d'intérêt public, sans rémunération. Tout cela forme le contexte.

Au sujet de la thèse de la défense, il a également affirmé:

[TRADUCTION] Il y a de menues différences entre les arguments qu'on a fait valoir au nom du sénateur Barrow et ceux qu'on a fait valoir au nom de M. MacFadden. La position adoptée au nom du sénateur Barrow était que sa moralité et sa réputation repoussaient l'accusation portée contre lui, que toute la preuve du ministère public n'était qu'une tentative d'impliquer le sénateur Barrow dans les agissements de M. Simpson, alors qu'il n'y a pris aucune part, comme le démontre le fait qu'aucun des représentants des compagnies d'alcool ne le connaissait. On soutient, en son nom, qu'aucune importance ne doit être attachée au fait que certains documents de la Société des alcools ont été trouvés en sa possession, puisqu'il ne faisait pas office de percepteur. Quant à la gestion des fonds, le sénateur Barrow n'était qu'un administrateur.

Au cours du débat devant nous, l'avocat de l'appelant a reconnu, sur ce point, qu'en passant en revue les éléments de preuve soumis à l'appréciation du jury, le juge de première instance avait fait mention des témoignages rendus au sujet de la bonne réputation d'homme intègre et honnête dont



acter is relevant to show that the accused was not likely to commit the crime charged (*R. v. Khan* (1982), 66 C.C.C. (2d) 32, at p. 42) and that this had not been made clear to the jury. It was also argued that the trial judge did not expressly instruct the jury, as a matter of law, on the use to which they could put such evidence. This was said to be a non-direction, particularly because of the importance of the character evidence to the appellant's case. In dealing with this issue, the Court of Appeal said, at p. 16:

Throughout the trial the evidence of the appellant's good character was emphasized. It was referred to by appellant's counsel in his address and the trial judge referred to it several times during his address. The appellant did not testify and accordingly his credibility as a witness was not in issue. While not directly stated by the trial judge we are satisfied that the jury must have been aware that they could consider the evidence as relevant to show that the appellant was not likely to have committed the crime with which he was charged. Having regard to the charge as a whole we are unable to say that any miscarriage of justice occurred as a result of what at best was a technical non-direction.

It is my view, from a perusal of the charge to the jury and of several extracts from the evidence, that the Court of Appeal's comments on this question are apt. There can be no doubt that evidence of the good reputation and character of the appellant was clearly put before the jury. It was emphasized and given fair treatment by the trial judge. I am in full accord on this point with the Court of Appeal. I would therefore reject this ground and for the reasons given above, I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, MCINTYRE and LE DAIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Cooper & Sandler, Toronto.*

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

jouissait l'appelant. Toutefois, on a fait valoir que la preuve de la bonne moralité est utile pour démontrer qu'il était peu vraisemblable que l'accusé ait commis le crime imputé (*R. v. Khan* (1982), 66 C.C.C. (2d) 32, à la p. 42) et que cela n'avait pas été clairement dit au jury. On a également soutenu que le juge de première instance n'a pas expressément instruit le jury de l'usage que le droit les autorisait à faire de ces éléments. On y a vu une absence de directive, vu surtout l'importance de la preuve de moralité dans la thèse de l'appelant. En traitant ce point, la Cour d'appel a affirmé, à la p. 16:

[TRADUCTION] Tout au long du procès, on a insisté sur la preuve de la bonne moralité de l'appelant. L'avocat de l'appelant en a fait mention dans sa plaidoirie, ainsi que le juge de première instance, à plusieurs reprises, au cours de ses directives au jury. L'appelant n'a pas témoigné, aussi sa crédibilité à titre de témoin n'est pas en cause. Bien que le juge de première instance ne l'ait pas affirmé directement, nous sommes convaincus que le jury doit avoir eu conscience qu'il lui était loisible de juger que cette preuve démontrait qu'il était peu vraisemblable que l'appelant ait commis le crime dont il était accusé. Compte tenu de l'ensemble des directives au jury, nous ne saurions dire qu'il y a eu erreur judiciaire par suite de ce qui, au mieux, n'est qu'une absence technique de directive.

Je suis d'avis, après examen des directives données au jury et de plusieurs extraits de la preuve soumise, que les observations de la Cour d'appel à ce sujet sont justes. Il ne peut y avoir de doute que le jury a été clairement saisi de la preuve de la bonne réputation et moralité de l'appelant. Le juge de première instance l'a soulignée et traitée équitablement. Je partage entièrement l'avis de la Cour d'appel sur ce point. Je suis donc d'avis de rejeter ce dernier moyen d'appel et de rejeter le pourvoi pour les motifs précités.

*Pourvoi accueilli, les juges MCINTYRE et LE DAIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: Cooper & Sandler, Toronto.*

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

**Cyrille Théberge, Charles Mathieu, Joachim Mathieu, Bertrand Hudon, Armand Albert, Jean-Claude Tremblay, Fernand Bouchard, François Bouchard, Clément Voyer and Rosaire Plourde** *Appellants*

v.

**Town of Métabetchouan** *Respondent*

and

**Laval Fortin Ltée** *Mis en cause*

INDEXED AS: THÉBERGE v. MÉTABETCHOUAN (TOWN OF)

File No.: 18458.

1987: October 21; 1987: December 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Municipal law — By-laws — By-law relating to construction of municipal building and loan to pay cost — By-law approved by small majority of voters — Legal delay between publication of poll notice and day of poll not observed — Whether failure to observe this formal requirement invalidated poll and by-law — Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193, ss. 335, 399, 400, 593.*

Appellants asked the Superior Court to invalidate by-law No. 30-77 of the town of Métabetchouan on the ground that the latter had infringed an imperative and public order provision of the *Cities and Towns Act* by failing to observe the minimum delay of fifteen days specified in s. 400 of that Act between the publication of notice of the poll and the day it was held. The disputed by-law, which provided for construction of a municipal building and a loan to pay the cost of it, was approved by a three-vote majority in a poll held only ten days after publication of the poll notice. The Superior Court dismissed the direct action in nullity and the Court of Appeal affirmed the judgment. This appeal is to determine whether failure to comply with the formal requirements of s. 400 of the *Cities and Towns Act* invalidates the poll.

*Held:* The appeal should be allowed.

The poll should be invalidated and the by-law declared inoperative. Section 335 of the *Cities and*

**Cyrille Théberge, Charles Mathieu, Joachim Mathieu, Bertrand Hudon, Armand Albert, Jean-Claude Tremblay, Fernand Bouchard, François Bouchard, Clément Voyer et** *a* **Rosaire Plourde** *Appellants*

*c.*

**La ville de Métabetchouan** *Intimée*

*b* et

**Laval Fortin Ltée** *Mise en cause*

RÉPERTORIÉ: THÉBERGE c. MÉTABETCHOUAN (VILLE DE)

*c*

N° du greffe: 18458.

1987: 21 octobre; 1987: 17 décembre.

*d* Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*e* *Droit municipal — Règlements — Règlement relatif à la construction d'un édifice municipal et à un emprunt pour en acquitter le coût — Règlement approuvé par une faible majorité d'électeurs — Non-respect du délai légal entre la publication de l'avis de scrutin et le jour du scrutin — L'inobservation de cette formalité entraîne-t-elle la nullité du scrutin et du règlement? — Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, chap. 193, art. 335, 399, 400, 593.*

*g* Les appelants ont demandé à la Cour supérieure l'annulation du règlement n° 30-77 de la ville de Métabetchouan au motif que cette municipalité a violé une prescription impérative et d'ordre public de la *Loi des cités et villes* en ne respectant pas le délai minimal de quinze jours fixé à l'art. 400 de cette loi entre la publication de l'avis de scrutin et le jour de la consultation. Le règlement contesté, qui prévoit la construction d'un immeuble municipal et un emprunt pour en payer le coût, a été approuvé par les électeurs par une majorité de trois voix lors d'une consultation tenue dix jours seulement après la publication de l'avis de scrutin. La Cour supérieure a rejeté l'action directe en nullité et la Cour d'appel a confirmé le jugement. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'inobservation des formalités prévues à l'art. 400 de la *Loi des cités et villes* emporte la nullité du scrutin.

*j* *Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Le scrutin doit être annulé et le règlement est déclaré sans effet. L'article 335 de la *Loi des cités et villes*, qui

*Towns Act*, which expressly provides for cases in which a delay is not observed in an electoral proceeding, applies pursuant to s. 399 to a poll held to approve a by-law. Section 335 states that no election shall be declared invalid simply by reason of failure to observe a specified delay, "unless it appear to the court that such non-compliance may have affected the result of the election". In the case at bar, in view of the small majority obtained, it is clear that reducing the delay specified in s. 400 by five days could have affected the result of the vote. It follows that the poll is invalid and that the voters did not approve the loan by-law. However, the by-law is not void because it did not receive the approval required by law. Under sections 399(2) and 593 of the *Cities and Towns Act*, approval by the voters is an essential condition not for validity of the by-law but for its coming into effect. So long as such approval has not been obtained the by-law is valid but inoperative. Under section 400, such approval cannot be given more than ninety days after the by-law was passed by the council. As this delay has expired, the by-law can never be approved so as to make it effective.

#### Statutes and Regulations Cited

*Cities and Towns Act*, R.S.Q. 1964, c. 193, ss. 8, 335, 377, 385 [am. 1968, c. 55, s. 107], 399 [repl. 1968, c. 55, s. 110; am. 1969, c. 55, s. 20], 400 [am. 1968, c. 55, s. 111], 593 [repl. 1968, c. 55, s. 144; am. 1969, c. 55, s. 27; repl. 1975, c. 66, s. 26].

#### Authors Cited

Rousseau, Gilles. "Le vice de forme et le droit municipal" (1982), 23 *C. de D.* 406.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal rendered January 12, 1984, affirming a judgment of the Superior Court, J.E. 77-146, which dismissed appellants' action in nullity. Appeal allowed.

*André Bois* and *André Lemay*, for the appellants.

*Roger Banford*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—The question is whether in the case at bar the failure to comply with the formal requirements of s. 400 of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q. 1964, c. 193, invalidates the poll held

prévoit expressément les cas où un délai n'est pas respecté en matière électorale, s'applique, par l'entremise de l'art. 399, à un scrutin tenu en vue de l'approbation d'un règlement. L'article 335 énonce qu'aucune élection ne doit être déclarée nulle à raison de la simple inobservation d'un délai prescrit, «à moins qu'il ne paraisse au tribunal que cet inaccomplissement a pu influencer sur le résultat de l'élection». En l'espèce, compte tenu de la faible majorité obtenue, il est clair que l'abrégement de cinq jours du délai prescrit par l'art. 400 a pu influencer sur le résultat du vote. Il s'ensuit que le scrutin est nul et que les électeurs n'ont pas approuvé le règlement d'emprunt. Toutefois, le règlement n'est pas nul parce qu'il n'a pas reçu l'approbation prévue par la loi. Selon le par. 2 de l'art. 399 et l'art. 593 de la *Loi des cités et villes*, l'approbation des électeurs est une condition essentielle non pas à la validité du règlement mais à son entrée en vigueur. Tant que l'approbation n'a pas été obtenue, le règlement est valide mais inopérant. En vertu de l'art. 400, cette approbation ne peut être donnée plus de 90 jours après la date d'adoption du règlement par le conseil. Comme ce délai est expiré, le règlement ne pourra jamais être approuvé et entrer en vigueur.

#### Lois et règlements cités

*Lois des cités et villes*, S.R.Q. 1964, chap. 193, art. 8, 335, 377, 385 [mod. 1968, chap. 55, art. 107], 399 [repl. 1968, chap. 55, art. 110; mod. 1969, chap. 55, art. 20], 400 [mod. 1968, chap. 55, art. 111], 593 [repl. 1968, chap. 55, art. 144; mod. 1969, chap. 55, art. 27; rempl. 1975, chap. 66, art. 26].

#### Doctrine citée

Rousseau, Gilles. «Le vice de forme et le droit municipal» (1982), 23 *C. de D.* 406.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec rendu le 12 janvier 1984 qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 77-146, qui avait rejeté l'action en nullité des appelants.

Pourvoi accueilli.

*André Bois* et *André Lemay*, pour les appelants.

*Roger Banford*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—Il s'agit de déterminer si, en l'espèce, l'inobservation des formalités prévues à l'art. 400 de la *Loi des cités et villes*, S.R.Q. 1964, chap. 193, emporte la nullité du scrutin tenu par la

by the town of Métabetchouan in the summer of 1977 to have one of its municipal by-laws approved. In the opinion of the Quebec Superior Court and Court of Appeal it does not: hence the appeal by a group of private individuals to this Court.

### Facts

To make provision for the construction of a municipal building and a loan to pay the cost of it (\$800,000), the respondent on July 1, 1977 adopted by-law No. 27-77. One hundred and fifty-nine people demanded that the by-law be submitted to a secret poll, which was held the following August 8. The by-law was rejected by a majority of seventeen votes. Two days after it was turned down, the municipality tabled by-law No. 30-77, to the same effect as the preceding one, but excluding the fittings (\$41,500). One hundred and thirty people demanded a secret poll; public notice was given on August 26, 1977 that the poll would be held the following September 6, that is ten days later, contrary to the minimum delay of fifteen days specified in s. 400 of the *Cities and Towns Act*. The by-law, which was first rejected by two votes, was declared to have been approved by a three-vote majority following a judicial recount.

The evidence discloses that construction of the building in question was the principal concern of the population of Métabetchouan in the summer of 1977. Committees were formed both to promote adoption of the by-law and to oppose it; their efforts to inform voters took on the dimensions of a [TRANSLATION] “real electoral campaign”, to use the words of the trial judge. Witnesses testified that the disputed by-law and the date of the poll were well known; additionally, a significant number of voters took part in both polls (421 the first time and 507 the second time, out of a possible total of 905 voters). The witnesses called could not say that if the vote had been held five days later the result would have been different.

Appellants brought a direct action in nullity against by-law No. 30-77. They argued that the municipality had infringed an imperative and public order provision of the *Cities and Towns Act*

ville de Métabetchouan à l'été 1977 afin de faire approuver l'un de ses règlements municipaux. La Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec étaient d'avis que non, d'où le pourvoi d'un groupe de citoyens devant cette Cour.

### Les faits

Pour pourvoir à la construction d'un immeuble municipal et à un emprunt pour en payer le coût (800 000 \$), l'intimée a adopté le 1<sup>er</sup> juillet 1977 le règlement n° 27-77. Cent cinquante-neuf personnes ont demandé que le règlement fasse l'objet d'un scrutin secret, lequel s'est tenu le 8 août suivant. Le règlement a été rejeté par une majorité de dix-sept voix. Deux jours après ce refus, la municipalité présentait le règlement n° 30-77, au même effet que le précédent, mais excluant les travaux d'aménagement (41 500 \$). Cent trente personnes ont demandé un scrutin secret; un avis public a été donné le 26 août 1977 fixant la tenue du scrutin au 6 septembre suivant, soit dix jours plus tard, contrairement au délai minimal de quinze jours prévu à l'art. 400 de la *Loi des cités et villes*. D'abord rejeté par deux voix, le règlement a été déclaré approuvé par une majorité de trois voix à la suite d'un recomptage judiciaire.

La preuve révèle que la construction de l'immeuble en cause a été le principal intérêt de la population de Métabetchouan pendant l'été 1977. Des comités ont été formés, tant pour promouvoir l'adoption du règlement que pour s'y opposer; leur travail d'information auprès des électeurs a pris l'ampleur d'une «véritable campagne électorale», pour reprendre les termes du juge de première instance. Des témoins ont attesté de la notoriété du règlement contesté et de la date du scrutin; d'ailleurs, un nombre considérable d'électeurs a pris part au vote lors des deux scrutins (421 la première fois, 507 la deuxième, sur un total possible de 905 électeurs). Les témoins convoqués n'ont pu affirmer que si le vote avait eu lieu cinq jours plus tard, le résultat aurait été différent.

Les appelants ont intenté une action directe en nullité du règlement n° 30-77. Ils invoquent que la municipalité aurait violé une prescription impérative et d'ordre public de la *Loi des cités et villes* en

by failing to observe the specified delay between the publication of notice of the poll and the day it was held; they also maintained that non-compliance with the fifteen-day delay specified by s. 400 could have affected the result of the poll. On November 2, 1977 they obtained a provisional injunction prohibiting construction of the building. A judgment of the Court of Appeal on December 13, 1977, however, stayed the interlocutory injunction pending the appeal and the building at issue in the disputed by-law is by now built and occupied.

### Judgments

Chouinard J. of the Superior Court dismissed the action in nullity against the municipal by-law: J.E. 77-146. Though he considered that the delay stated in s. 400 of the *Cities and Towns Act* is imperative, in his view the section is not a matter of public order. Unlike, for example, s. 385 of the *Cities and Towns Act*, the wording of s. 400 does not state that the by-law is invalid if the section is not complied with. Additionally, s. 377 of the *Cities and Towns Act* provides for possible acquiescence in the requirements of a notice, which is not consistent with the concept of public order. Further, s. 8 of the *Cities and Towns Act*, which determines the conditions of an action based on omission of a formality, even an imperative one, also cannot be reconciled with the argument that s. 400 is a matter of public order. Chouinard J. noted that s. 400 does not state that the poll or the by-law will be invalid, and concluded that the action in nullity could not be allowed as the evidence did not disclose any actual prejudice, flagrant injustice or excess of jurisdiction.

The Court of Appeal simply approved the reasons of Chouinard J. The reasoning of Chouinard J. undoubtedly reflects the way in which the parties submitted their arguments and their analysis of the issue. With respect, however, I consider that this reasoning is not appropriate since it does not take into account legislation which applies to the facts of the case at bar.

ne respectant pas le délai requis entre la publication de l'avis de scrutin et le jour de la consultation; ils soulignent aussi que l'inobservation du délai de quinze jours prescrit par l'art. 400 a pu modifier le résultat du scrutin. Le 2 novembre 1977, ils ont obtenu une injonction provisoire interdisant la construction de l'immeuble. Un arrêt de la Cour d'appel en date du 13 décembre 1977 a cependant suspendu l'injonction interlocutoire pendant l'instance en appel et l'immeuble visé par le règlement contesté est maintenant construit et occupé.

### c Les jugements

Le juge Chouinard de la Cour supérieure a rejeté l'action en nullité du règlement municipal: J.E. 77-146. Même s'il est d'avis que le délai énoncé à l'art. 400 de la *Loi des cités et villes* est impératif, il ne considère pas que cet article est d'ordre public. Le texte de l'art. 400 n'édicte pas la nullité du règlement au cas d'inobservation, contrairement à l'art. 385, par exemple. En outre, l'art. 377 de la *Loi des cités et villes* prévoit l'acquiescement possible au contenu d'un avis, ce qui est incompatible avec la notion d'ordre public. Par ailleurs, l'art. 8 de la *Loi des cités et villes*, qui fixe les conditions d'une action fondée sur l'omission d'une formalité, même impérative, est lui aussi incompatible avec la prétention voulant que l'art. 400 soit d'ordre public. Le juge Chouinard rappelle que l'art. 400 ne prescrit pas la nullité du scrutin ou du règlement et conclut que l'action en nullité n'est pas recevable car la preuve ne révèle ni préjudice réel, ni injustice flagrante ou excès de juridiction.

La Cour d'appel a simplement entériné les motifs du juge Chouinard. Le raisonnement adopté par ce dernier tient sûrement à la façon dont les parties ont exposé leurs prétentions et présenté leur analyse de la question en litige. Cependant, j'estime, avec égards, que ce raisonnement n'est pas approprié, puisqu'il ne tient pas compte des dispositions législatives qui s'appliquent aux faits de l'espèce.

The Law

The municipal administration did not comply with a formality specified by the Act, namely the fifteen-day delay mentioned in s. 400 of the *Cities and Towns Act* (now s. 386), which reads as follows:

**400.** The council or the mayor shall fix the date for the opening of the poll. Such date shall not be later than ninety days from the date of the passing of the by-law by the council.

The clerk of the municipality shall, at least fifteen days before the day fixed, give public notice calling upon the persons qualified to vote, and indicating the days and place where the poll will be held.

Section 335 of the *Cities and Towns Act* (now s. 306) expressly provides for cases in which a delay is not observed in an electoral proceeding. It reads as follows:

**335.** No election shall be declared invalid by reason of non-compliance with the provisions of this division regarding delays, unless it appear to the court that such non-compliance may have affected the result of the election.

Section 335 is applicable to a poll held for the approval of a by-law under s. 399(1) (now s. 385(1)) which reads as follows:

**399.** (1) When a by-law is submitted for the approval of the persons of full age who are entered on the valuation roll in force as property-owners or tenants and are Canadian citizens, or for the sole approval of those who are entered as property-owners, the vote shall be taken by polling pursuant to the provisions governing elections in the municipality so far as they may be applicable and are not derogated from by the following provisions.

Since section 335 determines the effect of non-compliance with a delay, this provision is, in my opinion, one pursuant to which a vote shall be taken within the meaning of s. 399(1). I cannot agree with the reasoning of appellants that s. 335 is inapplicable to the non-compliance with a delay prescribed by s. 400 because the latter constitutes a formality of public order. Section 335 clearly provides that non-compliance may result in invalidity, but that the poll remains valid when such non-compliance could not have affected the result.

Le droit

L'administration municipale n'a pas respecté une formalité prévue par la loi, soit le délai de quinze jours édicté à l'art. 400 de la *Loi des cités et villes* (actuellement l'art. 386), qui se lit comme suit:

**400.** Le conseil ou le maire fixe la date de l'ouverture du scrutin. Cette date ne doit pas être plus éloignée que quatre-vingt-dix jours de la date de l'adoption du règlement par le conseil.

Quinze jours au moins avant le jour fixé, le greffier de la municipalité donne un avis public convoquant les personnes habiles à voter, et indiquant les jours et l'endroit où les votes seront reçus.

L'article 335 de la *Loi des cités et villes* (actuellement l'art. 306) prévoit expressément les cas où un délai n'est pas respecté en matière électorale. Il est libellé comme suit:

**335.** Aucune élection ne doit être déclarée nulle à raison de l'inaccomplissement des prescriptions de la présente section quant aux délais qu'elle fixe, à moins qu'il ne paraisse au tribunal que cet inaccomplissement a pu influencer sur le résultat de l'élection.

L'article 335 est applicable à l'approbation d'un règlement en vertu du par. 1 de l'art. 399 (actuellement le par. 1 de l'art. 385), lequel se lit comme suit:

**399.** 1. Quand un règlement est soumis à l'approbation des personnes majeures inscrites sur le rôle d'évaluation en vigueur comme propriétaires ou locataires et possédant la citoyenneté canadienne ou à l'approbation uniquement de celles d'entre elles qui sont inscrites comme propriétaires, le vote est pris au scrutin suivant les dispositions régissant les élections dans la municipalité en autant qu'elles sont susceptibles d'application et qu'il n'y est pas dérogé par les dispositions ci-après.

Comme l'article 335 détermine l'effet de l'inobservation d'un délai, cette disposition est, à mon avis, une disposition régissant la façon dont le vote est pris au sens du par. 1 de l'art. 399. Je ne puis acquiescer au raisonnement des appelants, selon lequel l'art. 335 est inapplicable à l'inobservation du délai édicté à l'art. 400 parce que celui-ci constitue une disposition d'ordre public. L'article 335 prescrit clairement que cette inobservation peut entraîner la nullité, mais que le scrutin demeure valide lorsque cette inobservation n'a pu influencer sur le résultat.

In other words, the Court must determine whether the result of the poll would have been different if the specified delay had been complied with. If the answer to this question is in the affirmative, there is no need to ask whether non-compliance caused actual prejudice under s. 8 (now s. 11), which reads as follows:

8. No suit, defence or exception, founded upon the omission of any formality, even imperative, in any act of the council or of a municipal officer, shall prevail, unless the omission has caused actual prejudice or it be of a formality whose omission, according to the provisions of the law, would render null the proceeding from which it was omitted.

As section 335 is a special provision regarding non-compliance with delays applicable to elections, it excludes the application of a general provision like s. 8. In any event, it would be hard in practice to conceive of a case where non-compliance could have affected the result of an election without also causing actual prejudice.

If the poll is found invalid on this basis, the effect of this invalidity on the validity of the by-law must then be determined. The poll allows the voters to approve or disapprove the by-law adopted by the municipal council. If that approval is not given, the Act specifically states the consequences that will follow. Section 399(2) of the *Cities and Towns Act* provides as follows:

399. ...

(2) No by-law submitted for the approval of the persons contemplated in paragraph 1 shall have effect unless it is approved by a majority of the persons who have voted or, if such persons are only those who are entered as property-owners, by the majority of them in number and value who have voted. [Emphasis added.]

Section 593 of the *Cities and Towns Act* (now s. 556), which deals expressly with loan by-laws, sets out the same rule:

593. Every by-law ordering a loan, before coming into force and effect, must have been approved by the persons who are entered on the valuation roll in force as owners of taxable immovables and, in the case of physical persons, who are of full age and are Canadian citizens, and also by the Minister of Municipal Affairs. [Emphasis added.]

En d'autres termes, le tribunal doit déterminer si le résultat du scrutin aurait pu être différent si le délai prescrit avait été respecté. Si la réponse à cette question est affirmative, il n'y a pas lieu de se demander si l'inobservation a causé ou non un préjudice réel en vertu de l'art. 8 (actuellement l'art. 11), dont voici le texte:

8. Nulle action, défense ou exception, fondée sur l'omission de formalités, même impératives, dans un acte du conseil ou d'un officier municipal, n'est recevable, à moins que l'omission n'ait causé un préjudice réel, ou à moins qu'il ne s'agisse d'une formalité dont l'inobservation entraîne, d'après les dispositions de la loi, la nullité de l'acte où elle a été omise.

L'article 335 étant une disposition particulière en matière de non-respect des délais relatifs aux élections, il exclut l'application d'une disposition d'ordre général comme l'art. 8. De toute façon, il serait difficile de concevoir en pratique un cas où l'inobservation a pu influencer sur le résultat d'une élection sans pour autant causer de préjudice réel.

Si le scrutin est jugé nul en fonction de ce critère, il faut ensuite déterminer l'effet de cette nullité sur la validité du règlement. Le scrutin permet aux électeurs d'approuver ou de désapprouver le règlement adopté par le conseil municipal. Si cette approbation n'est pas donnée, la loi prévoit expressément les conséquences qui en découlent. Ainsi, le par. 2 de l'art. 399 de la *Loi des cités et villes* édicte ce qui suit:

399. ...

2. Un règlement soumis à l'approbation des personnes visées au paragraphe 1 n'a d'effet que s'il est approuvé par la majorité de ces personnes qui ont voté ou, si ces personnes sont uniquement celles qui sont inscrites comme propriétaires, par la majorité d'entre elles en nombre et en valeur et qui ont voté. [Je souligne.]

L'article 593 de la *Loi des cités et villes* (actuellement l'art. 556), qui porte expressément sur le règlement d'emprunt, énonce le même principe:

593. Tout règlement qui décrète un emprunt doit, avant d'entrer en vigueur et devenir exécutoire, avoir été approuvé par les personnes inscrites sur le rôle d'évaluation en vigueur comme propriétaire d'immeuble imposable et, s'il s'agit de personnes physiques, qui sont majeures et possèdent la citoyenneté canadienne, ainsi que par le ministre des affaires municipales. [Je souligne.]

Approval by the voters is thus an essential condition not for validity of the by-law but for its coming into effect; so long as such approval has not been obtained, the by-law, though valid, is inoperative and is not enforceable. This is in fact the view of Mr. Gilles Rousseau in his article titled "Le vice de forme et le droit municipal" (1982), 23 *C. de D.* 406, at p. 470:

[TRANSLATION] ... an act which has not yet received the necessary approval is not an invalid act: it is simply an incomplete or provisional one, as the procedure for completing it has not been carried out; until approval is given the act has no effect and no legal consequences; ... [Emphasis added.]

In short, if non-compliance with a specified delay invalidates the poll, the voters did not approve the by-law in accordance with the requirements of the Act. In such a case the by-law is not invalid, simply inoperative. Under section 400 of the *Cities and Towns Act*, such approval cannot be given more than ninety days after the by-law was passed.

#### Application to Facts of Case at Bar

Though they should have based their arguments on s. 335, appellants only mentioned it alternatively, and did not take the reasoning to its logical conclusion. They argued that as the delay specified in s. 400 of the *Cities and Towns Act* had been cut short by one-third, it was probable that the result could have been different, but they added that as this delay was "of public order" the failure to observe it could not be rectified by s. 335. Though it did not refer expressly to this provision, respondent did have an answer for the argument based on s. 335. Both in its submission and in its plea, respondent contended that the date and purpose of the poll were well known to the taxpayers and a further delay would not have altered the outcome of the vote in any way.

In the case at bar the municipality did not observe the delay specified for setting the date of the poll. When the poll was taken, the by-law was adopted by a three-vote majority. In view of the small majority obtained, I think that reducing by five days the delay specified in s. 400 could have

L'approbation des électeurs est donc une condition essentielle non pas à la validité du règlement, mais à son entrée en vigueur; tant que cette approbation n'a pas été obtenue, le règlement, tout en étant valide, est inopérant et sans aucune force exécutoire. C'est d'ailleurs ce qu'énonce M<sup>c</sup> Gilles Rousseau, dans son article intitulé «Le vice de forme et le droit municipal» (1982), 23 *C. de D.* 406, à la p. 470:

... l'acte qui n'a pas encore reçu l'approbation prévue n'est pas un acte nul; il reste simplement un acte incomplet, en projet et dont la procédure d'édition n'est pas achevée; jusqu'à ce que l'approbation intervienne l'acte n'est pas en vigueur et demeure sans effets juridiques; ... [Je souligne.]

En résumé, si l'inobservation d'un délai prescrit entraîne la nullité du scrutin, les électeurs n'ont pas approuvé le règlement conformément aux exigences de la loi. Dans un tel cas, le règlement n'est pas nul, mais simplement inopérant. En vertu de l'art. 400 de la *Loi des cités et villes*, cette approbation ne peut être donnée plus de 90 jours après la date de l'adoption du règlement.

#### Application aux faits de l'espèce

Alors qu'ils auraient dû fonder leurs prétentions sur l'art. 335, les appelants ne l'ont soulevé que subsidiairement, sans pousser le raisonnement jusqu'à sa conclusion logique. Ils affirment que le délai prescrit par l'art. 400 de la *Loi des cités et villes* ayant été abrégé d'un tiers, il y a une probabilité que le résultat eût pu être différent, mais ils ajoutent que, ce délai étant «d'ordre public», son inobservation ne saurait être bonifiée par l'art. 335. L'intimée a toutefois pu répondre à l'argument fondé sur l'art. 335 même si elle ne se réfère pas expressément à cette disposition. Tant dans son mémoire que dans sa plaidoirie, l'intimée soutient que la date et l'objet du scrutin étaient notoirement connus des contribuables et qu'un délai additionnel n'aurait apporté aucune modification au résultat du vote.

En l'espèce, la municipalité n'a pas respecté le délai prescrit pour établir la date du scrutin. À l'issue de ce scrutin, le règlement a été adopté par une majorité de trois voix. Vu la faible majorité obtenue, il me paraît que l'abrégement de cinq jours du délai prescrit par l'art. 400 a pu influencer



affected the result of the vote. Under section 335, therefore, the Court must conclude that the poll at issue was invalid.

As the poll was invalid it follows that the voters did not approve the loan by-law. Under sections 399(2) and 593 of the *Cities and Towns Act*, the by-law is of no effect and has never come into force. As the ninety-day deadline imposed by s. 400 for holding the poll has expired, the by-law can never be approved so as to come into force.

I am aware of the practical difficulties resulting from these findings in view of the fact that the municipal building which gave rise to the proceedings is now built and occupied, and the funds required for its construction have been in fact borrowed and, we are told, are half reimbursed. However, as a matter of law, a court has no way out in the case at bar. Remedies, if any, are not within the judiciary powers.

For these reasons I would allow the appeal, invalidate the poll held by respondent on September 6, 1977 and declare that by-law No. 30-77, adopted on August 15, 1977, is inoperative; the whole with costs.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Tremblay, Bertrand, Morisset, Bois & Mignault, Ste-Foy.*

*Solicitors for the respondent: Morency, Banford, Duchesne, Paradis, Dolbec & Tremblay, Alma.*

sur le résultat du vote. En vertu de l'art. 335, force nous est donc de conclure à la nullité du scrutin en cause.

Le scrutin étant nul, il s'ensuit que les électeurs n'ont pas approuvé le règlement d'emprunt. Par l'opération du par. 2 de l'art. 399 et de l'art. 593 de la *Loi des cités et villes*, ce règlement n'a aucun effet et n'est jamais entré en vigueur. Comme le délai de 90 jours édicté à l'art. 400 pour la tenue du scrutin est expiré, le règlement ne pourra jamais être approuvé afin d'entrer en vigueur.

Je suis bien conscient des inconconvénients pratiques qu'entraînent ces conclusions, vu que l'immeuble municipal qui a donné lieu au litige est maintenant construit et occupé et que les sommes d'argent nécessaires à sa construction ont été empruntées de fait et, à ce que l'on nous a dit, remboursées pour moitié. Mais le droit ne laisse, en l'espèce, aucune échappatoire à une cour de justice. Les remèdes, si remède il y a, ne relèvent pas du pouvoir judiciaire.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le scrutin tenu par l'intimée le 6 septembre 1977 et de déclarer sans effet le règlement n° 30-77 adopté le 15 août 1977, le tout avec dépens.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Tremblay, Bertrand, Morisset, Bois & Mignault, Ste-Foy.*

*Procureurs de l'intimée: Morency, Banford, Duchesne, Paradis, Dolbec & Tremblay, Alma.*

**Vladimir Petrowich Klimashewski** *Appellant*

v.

**Peter Klimashewski, as Administrator of the Estate of Anastasia Klimashewski, late of the City of Winnipeg, in the Province of Manitoba, and Peter Klimashewski**  
*Respondent*

INDEXED AS: KLIMASHEWSKI v. KLIMASHEWSKI ESTATE

File No.: 19639.

1987: December 2; 1987: December 17.

Present: Estey, McIntyre, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Courts — Appeal — Evidence — Appeal Court erred in substituting its view of weight of the evidence for that of trial judge.*

*Held:* The appeal should be allowed.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1985), 37 Man. R. (2d) 188, allowing an appeal from a judgment of Smith J. Appeal allowed.

*Gavin Wood and Andrew Bunn*, for the appellant.

*Anthony H. Dalmyn*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The Court is unanimously of the view that the Court of Appeal erred in substituting its view of the weight of the evidence in favour of an outright gift of a one-half interest in the property in question by the mother to the son, for that of the trial judge who had the benefit of seeing the witnesses, including the parties, while giving their evidence. The appeal is accordingly allowed and the judgment of the trial judge is restored with costs to the appellant throughout.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Taylor Brazzell McCaffrey, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.*

**Vladimir Petrowich Klimashewski** *Appelant*

c.

**Peter Klimashewski, à titre d'administrateur de la succession de feu Anastasia Klimashewski, de la ville de Winnipeg, province du Manitoba, et Peter Klimashewski**  
*Intimé*

b RÉPERTORIÉ: KLIMASHEWSKI c. SUCCESSION KLIMASHEWSKI

N° du greffe: 19639.

1987: 2 décembre; 1987: 17 décembre.

c Présents: Les juges Estey, McIntyre, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

d *Tribunaux — Appel — Preuve — La Cour d'appel a commis une erreur en substituant son appréciation de la preuve à celle du juge de première instance.*

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1985), 37 Man. R. (2d) 188, qui a accueilli un appel du jugement du juge Smith. Pourvoi accueilli.

*Gavin Wood et Andrew Bunn*, pour l'appelant.

*Anthony H. Dalmyn*, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu par

g LA COUR—La Cour est à l'unanimité d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en substituant son appréciation de la preuve en faveur d'une donation pure et simple d'une moitié du droit de propriété en question par la mère à son fils, à celle du juge de première instance qui avait eu l'avantage de voir les témoins, y compris les parties, qui ont déposé. Le pourvoi est en conséquence accueilli et le jugement du juge de première instance est rétabli avec dépens en faveur de l'appelant dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Taylor Brazzell McCaffrey, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimé: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Mark E. Grimwood** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GRIMWOOD

File No.: 19760.

1987: December 3; 1987: December 17.

Present: Estey, Lamer, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Income tax — Offences — Taxpayer convicted for failing to comply with Minister's demand for information within the time specified — Minister making second demand for the same information — Taxpayer convicted again for failing to comply with the demand — Taxpayer's failure to comply with a new demand for information constituting a new offence — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 231(3), 238(2).*

*Held:* The appeal should be allowed.

**Statutes and Regulations Cited**

*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 [am. 1970-71-72, c. 63], ss. 231(3), 238(2) [am. 1973-74, c. 51, s. 21; 1974-75-76, c. 71, s. 13].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1985), 25 C.C.C. (3d) 381, 86 D.T.C. 6415, [1986] 2 C.T.C. 35, setting aside a judgment of the County Court. Appeal allowed.

*Corey Stolte* and *D. J. Avison*, for the appellant.

*Gil D. McKinnon* and *A. M. Ross*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—We are all of the view that the Court of Appeal erred in its interpretation of s. 231(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 as amended. To construe the subsection as permitting only one demand for information to be made, as did the Court of Appeal, would be to permit the

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*

c.

**Mark E. Grimwood** *Intimé*

a RÉPERTORIÉ: R. c. GRIMWOOD

N° du greffe: 19760.

1987: 3 décembre; 1987: 17 décembre.

Présents: Les juges Estey, Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

*Impôt sur le revenu — Infractions — Contribuable condamné pour avoir refusé d'obtempérer à une demande de renseignements du ministre dans le délai fixé — Seconde demande du ministre visant les mêmes renseignements — Contribuable de nouveau condamné pour avoir refusé d'obtempérer à la seconde demande — Le refus du contribuable d'obtempérer à une nouvelle demande de renseignements constitue une nouvelle infraction — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 231(3), 238(2).*

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

**Lois et règlements cités**

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148 [mod. 1970-71-72, chap. 63], art. 231(3), 238(2) [mod. 1973-74, chap. 51, art. 21; 1974-75-76, chap. 71, art. 13].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1985), 25 C.C.C. (3d) 381, 86 D.T.C. 6415, [1986] 2 C.T.C. 35, qui a infirmé un jugement de la Cour de comté. Pourvoi accueilli.

*Corey Stolte* et *D. J. Avison*, pour l'appelante.

*Gil D. McKinnon* et *A. M. Ross*, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en interprétant le par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148 et modifications. Interpréter le paragraphe de sorte qu'une seule demande de renseignements puisse être faite, comme en a

taxpayer to purchase immunity from prosecution for non-payment of tax by the payment of a fine.

Failure to comply with a demand within the time specified in the demand constitutes an offence for which s. 238(2) provides a penalty. Since the purpose of ss. 231(3) and 238(2), when read together, is not to penalize criminal conduct but to enforce compliance with the Act, the purpose would be wholly defeated if the Minister's power under s. 231(3) was exhausted after one demand had been made and the taxpayer fined for non-compliance.

Further demands by the Minister create fresh time periods within which the taxpayer is required to comply and fresh offences for non-compliance within those time periods for which he may be prosecuted. Any other interpretation would have the effect of frustrating what is essentially a self-assessment system of taxation.

Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside and the conviction of the respondent restored.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Frank Iacobucci, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Gil D. McKinnon, Vancouver.*

décidé la Cour d'appel, permettrait au contribuable de s'acheter une immunité contre les poursuites pour non-paiement de l'impôt en payant une amende.

<sup>a</sup> Le défaut d'obtempérer à une demande dans le délai qu'elle fixe constitue une infraction pour laquelle le par. 238(2) prévoit une amende. Puisque l'objet des par. 231(3) et 238(2), considérés <sup>b</sup> simultanément, n'est pas de sanctionner une conduite criminelle mais d'imposer le respect de la Loi, cet objet serait totalement mis en échec si le ministre perdait son pouvoir en vertu du par. 231(3) après une seule demande et l'imposition <sup>c</sup> d'une amende au contribuable pour son défaut d'obtempérer.

Les demandes subséquentes du ministre créent de nouveaux délais dans lesquels le contribuable <sup>d</sup> doit obtempérer et de nouvelles infractions, s'il ne le fait pas dans ces délais, pour lesquelles il peut être poursuivi. Toute autre interprétation aurait pour effet de déjouer ce qui est essentiellement un système d'imposition par auto-cotisation.

<sup>e</sup> Par conséquent, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et la déclaration de culpabilité de l'intimé est rétablie.

<sup>f</sup> *Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: Frank Iacobucci, Ottawa.*

<sup>g</sup> *Procureur de l'intimé: Gil D. McKinnon, Vancouver.*

**Northern Construction Company Division of Morrison-Knudsen Company, Inc., Northern Construction Company Ltd., Morrison-Knudsen Company, Inc. and the Canadian Indemnity Company** *Appellants*

v.

**The City of Calgary** *Respondent*

INDEXED AS: CALGARY (CITY OF) v. NORTHERN CONSTRUCTION CO.

File No.: 19797.

1987: December 3; 1987: December 17.

Present: Estey, McIntyre, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Contracts — Tender expressly irrevocable for stated period or until acceptance of another bid — Tender opened and accepted — Mistake in preparation of bid — Contractor not entitled to refuse performance of contract.*

*Held:* The appeal should be dismissed.

#### Cases Cited

**Followed:** *The Queen in right of Ontario and the Water Resources Commission v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1985), 42 Alta. L.R. (2d) 1, 67 A.R. 95, allowing an appeal from a judgment of Waite J. (1982), 23 Alta. L.R. (2d) 338. Appeal dismissed.

*G. C. Hawco* and *M. B. Cohen*, for the appellants.

*B. A. Crane, Q.C.*, and *Adel Abougoush*, for the respondent.

The judgment of Estey, McIntyre and La Forest JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal raises the question of whether the appellant, a general contractor who made a tender, expressly agreed to be irrevocable for a stated period or until the acceptance of another tender, was entitled to refuse performance

**Northern Construction Company Division of Morrison-Knudsen Company, Inc., Northern Construction Company Ltd., Morrison-Knudsen Company, Inc. et Canadian Indemnity Company** *Appelantes*

c.

**La ville de Calgary** *Intimée*

*b* RÉPERTORIÉ: CALGARY (VILLE DE) c. NORTHERN CONSTRUCTION CO.

N° du greffe: 19797.

1987: 3 décembre; 1987: 17 décembre.

*c* Présents: Les juges Estey, McIntyre, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

*d* *Contrats — Soumission expressément irrévocable pendant un délai fixé ou jusqu'à l'acceptation d'une autre soumission — Soumission ouverte et acceptée — Erreur dans la préparation de la soumission — L'entrepreneur n'a pas le droit de refuser d'exécuter le contrat.*

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

#### Jurisprudence

*f* **Arrêt suivi:** *La Reine du chef de l'Ontario et the Water Resources Commission c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111.

*g* POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1985), 42 Alta. L.R. (2d) 1, 67 A.R. 95, qui a accueilli un appel du jugement du juge Waite (1982), 23 Alta. L.R. (2d) 338. Pourvoi rejeté.

*h* *G. C. Hawco* et *M. B. Cohen*, pour les appelantes.

*B. A. Crane, c.r.*, et *Adel Abougoush*, pour l'intimée.

*i* Version française du jugement des juges Estey, McIntyre et La Forest rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi vise à déterminer si l'appelant, un entrepreneur qui a présenté une soumission dont la teneur était expressément irrévocable pendant un délai fixé ou jusqu'à l'acceptation d'une autre soumission, a le droit de

of the contract resulting from its acceptance because of honest error in its preparation resulting in a lower price than intended. In accordance with the tendering procedure, tenders were opened and the tender of the appellant was accepted.

This appeal, in my view, is governed by the judgment of this Court in *The Queen in right of Ontario and the Water Resources Commission v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111. Following that decision, I would dismiss the appeal with costs.

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

WILSON J.—The central issue on this appeal is whether a person to whom an irrevocable tender has been made can accept that tender so as to bring into existence a binding contract when he has been advised prior to such acceptance that the tender is the result of a mathematical error in its calculation.

I agree with my colleague, McIntyre J., that this case cannot be distinguished in any significant respect from *The Queen in right of Ontario and the Water Resources Commission v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111. Since that decision is binding on me, I agree that the appeal must be dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Howard, Mackie, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Calgary City Solicitor, Calgary.*

refuser d'exécuter le contrat résultant de son acceptation à cause d'une erreur de bonne foi dans la préparation de la soumission qui a entraîné un prix plus bas que voulu. Selon la procédure de soumission, les soumissions ont été ouvertes et celle de l'appelant a été acceptée.

À mon avis, ce pourvoi est régi par l'arrêt de cette Cour *La Reine du chef de l'Ontario et the Water Resources Commission c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111. Compte tenu de cet arrêt, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

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

LE JUGE WILSON—La question au cœur de ce pourvoi est de déterminer si une personne à qui une soumission irrévocable est faite peut l'accepter et ainsi lier les parties alors qu'avant cette acceptation elle a été avisée que la soumission est entachée d'une erreur mathématique de calcul.

Je suis d'accord avec mon collègue le juge McIntyre que cette affaire ne peut être distinguée de façon significative de l'arrêt *La Reine du chef de l'Ontario et the Water Resources Commission c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111. Puisque je suis liée par cette décision, je suis d'accord pour rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelantes: Howard, Mackie, Calgary.*

*Procureur de l'intimée: Procureur de la ville de Calgary, Calgary.*

# INDEX

## ACTIONS

Pleadings – Counter-claim and set-off – Land swap and exchange of mortgages – One of mortgages assigned hence affecting mutuality – Whether or not set-off available, either at law or equity.

HOLT V. TELFORD, 193.

---

## APPEAL

Academic issue – Appeal quashed.

HOWARD V. STONY MOUNTAIN INSTITUTION INMATE DISCIPLINARY COURT, 687.

---

## ADMINISTRATIVE LAW

1. Evocation – *Audi alteram partem* – Breaches of provincial statute – Decision to hear case other than in judicial district where it arose made in absence of parties and without prior notice – Breach of *audi alteram partem* rule – Writ of evocation granted – Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 128 – Code of Civil Procedure, arts. 846, 847.

SUPERMARCHÉS JEAN LABRECQUE INC. V. FLAMAND, 219.

2. Evocation – *Audi alteram partem* – Breaches of provincial statute – Hearing setting trial date held in absence of parties and without prior notice – Setting of trial date not purely administrative act – Breach of *audi alteram partem* rule – Writ of evocation granted – Code of Civil Procedure, arts. 846, 847.

SUPERMARCHÉS JEAN LABRECQUE INC. V. FLAMAND, 219.

3. Intervention in proceedings before administrative tribunal – Whether public officer whose office is created by statute requires statutory authority to intervene before administrative tribunal with permission of tribunal – Authority of tribunal to permit intervention – Competition Act, S.C. 1986, c. 26, ss. 97 (formerly Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 27.1, ad. 1974-75-76, c. 76, s. 9), 98 – Public Utilities Act, R.S.N. 1970, c. 322, ss. 14, 18, 23(g), 40, 60, 73, 81, 96 (as am. 1975-76, No. 56, s. 9), 113(2).

CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH UNDER THE COMBINES INVESTIGATION ACT) V. NEWFOUNDLAND TELEPHONE CO., 466.

4. Intervention in proceedings before administrative tribunal – Whether public officer whose office is created by statute requires statutory authority to intervene before administrative tribunal with permission of tribunal – Authority of tribunal

## ADMINISTRATIVE LAW—Concluded

to permit intervention – Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23.

CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH UNDER THE COMBINES INVESTIGATION ACT) V. NEW BRUNSWICK TELEPHONE CO., 485.

---

## CIVIL PROCEDURE

Dismissal of appeal – Appellant late in filing factum – Judicial discretion – Whether judicial discretion properly exercised – Whether additional delay to serve and file factum in the Court of Appeal should be granted – Code of Civil Procedure, art. 505.

FISCH V. WHITE, 535.

---

## CIVIL RIGHTS

Infringement – Liability – Female employee sexually harassed by male supervisor – Whether or not employer liable for supervisor's actions – Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2, 3, 7(a), (b), 41(2), (3).

ROBICHAUD V. CANADA (TREASURY BOARD), 84.

---

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Division of powers – Province restricting political activity of provincial civil servants and Crown employees in federal elections – Whether or not restrictions *intra vires* the province – Constitution Act, 1867, ss. 91, 92(1), (4), (13) – Constitution Act, 1982, s. 45 – The Public Service Act, R.S.O. 1970, c. 386, ss. 12(1), (2), (3), (4), (5), 13(1), (2), 14, 15, 16, now R.S.O. 1980, c. 418.

OPSEU V. ONTARIO (ATTORNEY GENERAL), 2.

2. Distribution of powers – Criminal law power – Nudity – Provincial liquor licensing legislation providing for live entertainment licences subject to conditions – Conditions prohibiting nude entertainment – Whether or not provincial conditions an infringement on criminal law and hence *ultra vires* – Constitutional Act, 1867, s. 92(13) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 159(2)(b), 163, 169, 170, 171 – Liquor Control Act, R.S.N.B. 1973, c. L-10, s. 63.01.

RIO HOTEL LTD. V. NEW BRUNSWICK (LIQUOR LICENSING BOARD), 59.

3. Charter of Rights – Fundamental justice – Dangerous offender – Procedure for finding “dangerous offender” – Application for finding of “dangerous offender” made after guilty plea entered for threshold offences – Whether or not

## CONSTITUTIONAL LAW—Continued

breach of right not to be deprived of liberty except in accordance with principles of fundamental justice – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.

R. v. LYONS, 309.

4. Charter of Rights – Arbitrary detention – Dangerous offender – Sentence of indeterminate detention – Whether or not indeterminate sentence breach of freedom from arbitrary detention – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 9 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.

R. v. LYONS, 309.

5. Charter of Rights – Proceedings in criminal matter – Dangerous offender – Finding of “dangerous offender” sentencing matter to be made by judge – Dangerous offender status entailing indeterminate sentence – Whether or not breach of right to trial by jury where maximum punishment more than five years’ imprisonment – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.

R. v. LYONS, 309.

6. Charter of Rights – Cruel and unusual punishment – Dangerous offender – Indeterminate detention on finding of “dangerous offender” – Whether or not indeterminate sentence cruel and unusual punishment – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.

R. v. LYONS, 309.

7. Charter of Rights – Liberty of the person – Crown tendering certified extract of driving record to prove accused previous convictions – Whether Crown’s failure to give sufficient notice that proof will be made by certificate violated s. 7 of the Charter.

R. v. ALBRIGHT, 383.

8. Charter of Rights – Right to counsel – Impaired driving – Police informing accused of his right to counsel – Accused calling wife and requesting her to contact lawyer – Police demand for a breath sample made immediately after phone call – Whether right to counsel infringed – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. v. TREMBLAY, 435.

9. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Impaired driving – Police informing accused of his right to counsel – Accused calling wife and requesting her to contact lawyer – Police demand for a breath sample made immediately after phone call – Right to counsel infringed – Whether breathalyzer evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter.

R. v. TREMBLAY, 435.

10. Charter of Rights – Standards of application of s. 24(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. DAWSON, 461.

## CONSTITUTIONAL LAW—Continued

11. Charter of Rights – Dangerous offender – Indeterminate detention – Status of “dangerous” predicated on conviction for “serious personal injury offence” – Accused’s “dangerousness” based on a crime later removed from definition of “serious personal injury offence” – Whether or not breach of Charter guarantees of fundamental justice, of freedom from arbitrary detention, of minimal criminal procedures, and of freedom from cruel and unusual punishment – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 11, 12, 24(1).

R. v. MILNE, 512.

12. Charter of Rights – Right to counsel – Accused informed of his right to counsel following arrest – Trial judge excluding inculpatory statement on basis that accused’s right to counsel was violated – No proof indicating that accused did not understand his right – Whether accused’s right to counsel violated – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. v. BAIG, 537.

13. Charter of Rights – Criminal and penal proceedings – Double jeopardy – Police officer charged with common assault under Criminal Code and with major service offence under Royal Canadian Mounted Police Act for same misconduct – Whether or not conviction of major service offence precluded subsequent proceedings under the Criminal Code – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11, 24(1) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245(1) – Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1970, c. R-9, ss. 25(1), 36(1).

R. v. WIGGLESWORTH, 541.

14. Charter of Rights – Criminal and penal proceedings – Right to an independent and impartial tribunal – Police superintendent conducting hearing of officer charged with major service offences – Whether or not s. 11 of Charter applicable in circumstances – If so, whether or not proceedings inconsistent with s. 11 – If inconsistent, whether or not regulations justifiable under s. 1 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) – Regulation 791, R.R.O. 1980, Code of Offences, s. 1(a)(iv), (c)(x).

BURNHAM v. METROPOLITAN TORONTO POLICE, 572.

15. Charter of Rights – Criminal and penal proceedings – Right to an independent and impartial tribunal – Police superintendent conducting hearing of officer charged with major service offences – Whether or not s. 11 of Charter applicable in circumstances – If so, whether or not proceedings inconsistent with s. 11 – If inconsistent, whether or not regulations justifiable under s. 1 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) – Regulation 791, R.R.O. 1980, Code of Offences, s. 1(a)(i).

TRUMBLY AND PUGH v. METROPOLITAN TORONTO POLICE, 577.

16. Charter of Rights – Criminal and penal proceedings – Right to an independent and impartial tribunal – Police superintendent conducting hearing of officer charged with major service offences – Whether or not s. 11 of Charter applicable in circumstances – If so, whether or not proceedings inconsistent



**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

with s. 11 – If inconsistent, whether or not regulations justifiable under s. 1 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) – Regulation 791, R.R.O. 1980, ss. 3, 5(11), 6, 13, 16(4), (9), (15), 19(1), 20(2), (3), 24, Code of Offences.

TRIMM v. DURHAM REGIONAL POLICE, 582.

17. Distribution of legislative powers – Administration of justice and criminal law – Provincial inquiry commission – Inquiry into alleged wrongdoing of provincial police officers – Commission empowered to conduct compulsory examinations of witnesses under oath – Validity of Order in Council establishing commission – Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(6), (14), (16).

O'HARA v. BRITISH COLUMBIA, 591.

18. Charter of Rights – Fundamental justice – Presumption of innocence – Constructive murder – Death caused by accomplice during robbery – Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of *mens rea* with respect to death of victim – Accused's conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element – Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter – If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

R. v. VAILLANCOURT, 636.

19. Charter of Rights – Fundamental justice – Presumption of innocence – Constructive murder – Death caused by accomplice during break, enter and robbery – Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of *mens rea* with respect to death of victim – Accused's conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element – Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 and 11(d) of the Charter.

R. v. LAVIOLETTE, 667.

**CONTRACTS**

1. Damages – Chattel lease – Breach by lessee – Proper method of determining damages – Whether general principles of assessment of damages for breach of contract applicable or whether lessor's remedies limited to proceeds of resale plus rental payments due at time of seizure.

KENERIC TRACTOR SALES LTD. v. LANGILLE, 440.

2. Tender expressly irrevocable for stated period or until acceptance of another bid – Tender opened and accepted – Mistake in preparation of bid – Contractor not entitled to refuse performance of contract.

CALGARY (CITY OF) v. NORTHERN CONSTRUCTION Co., 757.

**COSTS**

Judgment allowing appeal silent as to costs – Whether judgment rendered by this Court should be amended by awarding costs on a solicitor and client basis – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 758, 771(3) – Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 49.

R. v. TRASK, 304.

**COURTS**

1. Appellate review – Alleged oral contract with respect to transfer of land – Appellate court reversing trial judge's finding no contract – Whether or not trial judge found no oral contract existed – Whether or not Court of Appeal erred by substituting its version of the facts – Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, c. C-42, s. 8.

LENSEN v. LENSEN, 672.

2. Appeal – Evidence – Appeal Court erred in substituting its view of weight of the evidence for that of trial judge.

KLIMASHEWSKI v. KLIMASHEWSKI ESTATE, 754.

**CRIMINAL LAW**

1. Directed verdict – Circumstantial evidence – Arson – Motion for a directed verdict of acquittal – Test to be applied by the trial judge.

R. v. MONTELEONE, 154.

2. Appeal – Unreasonable verdict – Test – Accused convicted of murder on circumstantial evidence – Interpretation and application of s. 613(1)(a)(i) of the Criminal Code.

R. v. YEBES, 168.

3. Evidence – Sufficiency – Charge of murder – Evidence of motive and opportunity – Whether accused had exclusive opportunity to commit crime.

R. v. YEBES, 168.

4. Calling of witnesses – Murder conviction – Whether Crown failed to call a material witness.

R. v. YEBES, 168.

5. Appeals to the Supreme Court of Canada – Jurisdiction – Questions of law – Accused's appeal based on s. 613(1)(a)(i) of the Criminal Code dismissed by Court of Appeal – Whether s. 613(1)(a)(i) raises a question of law which can be reviewed by the Supreme Court under s. 618 of the Criminal Code.

R. v. YEBES, 168.

6. Conspiracy – Elements of conspiracy – Appellants and a co-accused charged on separate counts with conspiracy to traffic in two narcotics – Proof of conspiracy to do any one of the prohibited acts supporting conviction.

R. v. ACKWORTH, 291.

## CRIMINAL LAW—Continued

7. Interception of private communications – Invalidity of basket clause authorizing interception of private communications if there are reasonable and probable grounds to believe interception may assist in inquiry – Invalid clause severable from the rest of authorization.

R. v. ACKWORTH, 291.

8. Sexual assault – Definition of the offence of sexual assault – Offence one of general rather than specific intent – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 244, 246.1.

R. v. CHASE, 293.

9. Sentencing – Dangerous offender – Procedure for finding “dangerous offender” – Finding of “dangerous offender” entailing sentence of indeterminate detention – Application for finding of “dangerous offender” made after 16-year-old entering guilty plea – Whether or not ss. 7, 9, 11 and/or 12 of Charter breached – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 11, 12 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.

R. v. LYONS, 309.

10. Sentence – Proof of previous convictions – Failure to provide breath samples – Crown tendering certified extract of driving record to prove accused previous convictions – Whether such certificate admissible – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 7(2) – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 37 – Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 75.

R. v. ALBRIGHT, 383.

11. Powers of the Court of Appeal – Court of Appeal ordering the reopening of the trial – Whether the Court of Appeal had jurisdiction to make such an order under s. 613(2) of the Criminal Code.

R. v. BÉLAND, 398.

12. Appeal as of right – No reversible error by the Court of Appeal.

R. v. AIELLO, 462.

13. Contempt of court – Lawyer cited for contempt of court – Jurisdiction – Whether Provincial Court judge has jurisdiction to entertain a proceeding for contempt before another judge.

R. v. DOZ, 463.

14. Dangerous driving – Whether the Court of Appeal erred in rejecting a finding at trial that the accused drove as he did “probably out of necessity”.

R. v. BRIGLIO, 465.

15. Sentences – Dangerous offender – Status of “dangerous” predicated on conviction for “serious personal injury offence” – Accused’s “dangerousness” based on a crime later removed from definition of “serious personal injury offence” – Whether or not accused’s continuing detention dependant on continuing status of “dangerousness” – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 157, 687(b).

R. v. MILNE, 512.

## CRIMINAL LAW—Continued

16. Defences – Charter of Rights – Criminal and penal proceedings – Double jeopardy – Police officer charged with common assault under Criminal Code and with major service offence under Royal Canadian Mounted Police Act for same misconduct – Whether or not conviction of major service offence precluded subsequent proceedings under the Criminal Code – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11, 24(1) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245(1) – Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1970, c. R-9, ss. 25(1), 36(1).

R. v. WIGGLESWORTH, 541.

17. First degree murder – Indecent assault against a young boy – Accused killing the child after the indecent assault – Whether accused murdered the child “while committing” the indecent assault – Meaning of the words “while committing” in s. 214(5)(b) of the Criminal Code.

R. v. PARÉ, 618.

18. Murder – Classification – Section 214 of the Criminal Code not creating a separate substantive offence of murder – Section 214 classifying for sentencing purposes the offences in ss. 212 and 213 of the Code.

R. v. PARÉ, 618.

19. Constructive murder – Fundamental justice – Presumption of innocence – Death caused by accomplice during robbery – Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of *mens rea* with respect to death of victim – Accused’s conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element – Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter – If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

R. v. VAILLANCOURT, 636.

20. Constructive murder – Fundamental justice – Presumption of innocence – Death caused by accomplice during break, enter and robbery – Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of *mens rea* with respect to death of victim – Accused’s conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element – Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 and 11(d) of the Charter.

R. v. LAVIOLETTE, 667.

21. Conspiracy – Conspiracy to traffic in a narcotic – Directed verdict of acquittal – Whether there was evidence upon which a jury could reasonably have convicted.

R. v. GENSER, 685.

22. Information – Sufficiency – Theft – Whether the information met the requirements of s. 510(3) of the Criminal Code.

R. v. COLGAN, 686.

23. Appeal by the Crown – Question of law alone – Intent – Verdict of manslaughter set aside on appeal and new trial ordered on original charge of second-degree murder –

**CRIMINAL LAW—Concluded**

Accused's intent a question of fact – Verdict of manslaughter reinstated.

R. v. RUBIO, 688.

24. Narcotics – Possession of a narcotic for the purpose of trafficking – Nature of the substance seized – Procedure of analysis – “Evidence to the contrary” within the meaning of s. 9 of the Narcotic Control Act – Trial judge erred as to the scope of the *Oliver* case.

R. v. ST-PIERRE, 690.

25. Appeal as of right – Dissent in the Court of Appeal not on a question of law.

R. v. UDDIN, 692.

26. Appeal as of right – Accused convicted of criminal negligence causing death – Conviction affirmed by a majority of the Court of Appeal – Appeal to the Supreme Court of Canada only an invitation to review the sufficiency of the evidence – Appeal dismissed.

R. v. URBANOVICH, 693.

27. Juries – Empanelling – Procedure – Members of jury array queried following arraignment and plea to determine if they should be excused because of connection to the case or partiality due to pre-trial publicity – Screening conducted privately between judge and juror in open court but accused and counsel unable to hear – Accused permitted to challenge for cause the remaining jurors – Whether or not procedure improper – If so, whether or not appellant's trial vitiated so that appeal from conviction should be allowed – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 110(1)(d), 423(1)(d), 558, 567, 569(2), 573, 577, 598, 599, 600, 613(1)(b)(iii) – Juries Act, S.N.S. 1969, c. 12, ss. 1(m), 4(2).

R. v. BARROW, 694.

28. Conspiracy to gain contributions for governing party through influence peddling – Whether or not political party a “person” – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 110(1)(d).

R. v. BARROW, 694.

29. Evidence of conspiracy – Hearsay rule and exception in cases of conspiracy – Whether or not judge's instructions correct.

R. v. BARROW, 694.

**EVIDENCE**

1. Arson – No direct evidence of the unlawful setting of the fire – Whether the incendiary origin of the fire may be proved by circumstantial evidence.

R. v. MONTELEONE, 154.

2. Proof of previous convictions – Documentary evidence – Sentencing hearing – Crown tendering certified extract of driving record to prove accused previous convictions – Whether such certificate admissible – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-

**EVIDENCE—Concluded**

34, s. 7(2) – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 37 – Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 75.

R. v. ALBRIGHT, 383.

3. Hearsay – Sentencing hearing – Crown tendering certified extract of driving record to prove accused previous convictions – Hearsay evidence admissible at sentencing hearing when credible and trustworthy.

R. v. ALBRIGHT, 383.

4. Provincial laws of evidence – Applicability – Criminal matters – Scope of s. 37 of the Canada Evidence Act – Whether s. 37 restricted to the proof of matters within provincial competence.

R. v. ALBRIGHT, 383.

5. Polygraph evidence – Exclusionary rules – Accused denying participation in conspiracy to commit robbery – Motion by accused to take a polygraph examination and submit results in evidence refused – Whether such evidence admissible.

R. v. BÉLAND, 398.

6. Admissibility – Bringing administration of justice into disrepute – Impaired driving – Police informing accused of his right to counsel – Accused calling wife and requesting her to contact lawyer – Police demand for a breath sample made immediately after phone call – Right to counsel infringed – Whether breathalyzer evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the Charter.

R. v. TREMBLAY, 435.

7. Good character evidence – Relevance to decision – Whether or not judge's instructions correct.

R. v. BARROW, 694.

**FAMILY LAW**

1. Custody and access – Non-custodial parent deliberately denied access to children notwithstanding court orders specifying access – Denial of access resulting in appellant's incurring considerable expense and undergoing severe emotional and psychic stress – Whether or not appellant has a right of action based on respondents' interference with his legal right of access to his children.

FRAME v. SMITH, 99.

2. Child custody – Parental authority – Condition for awarding custody to third person – Whether serious cause exists, within meaning of art. 654 C.C.Q., for partial deprivation of the person having parental authority by divesting him of his custody right – Whether criterion of child's interest stated in art. 30 C.C.L.C. allows the exercise of custody to be awarded to third person in the absence of serious cause attributable to person having parental authority – Whether the distinction between “physical” custody and “legal” custody accepted in the civil law of Quebec.

C.(G.) v. V.-F.(T.), 244.

## INCOME TAX

Offences – Taxpayer convicted for failing to comply with Minister's demand for information within the time specified – Minister making second demand for the same information – Taxpayer convicted again for failing to comply with the demand – Taxpayer's failure to comply with a new demand for information constituting a new offence – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 231(3), 238(2).

R. v. GRIMWOOD, 755.

---

## JUDGMENTS AND ORDERS

*Res judicata* – Child custody – Dismissal of motion for custody of children submitted by third person – New facts – New motion for custody allowed – Judgment concerning children reviewable at any time whenever circumstances so justify.

C.(G.) v. V.-F.(T.), 244.

---

## LABOUR LAW

1. Labour Court – Jurisdiction – Breaches of provincial statute – Failure to proceed at time and place set – Whether Court lost its jurisdiction – Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 128.

SUPERMARCHÉS JEAN LABRECQUE INC. v. FLAMAND, 219.

2. Public Service employment – Appointments – Creation of the additional function of "dog handler" in the existing position of customs inspector – New function requiring additional and special qualifications – Whether the assignment of customs inspectors to the function of dog handler was an appointment to a position within the meaning of the Public Service Employment Act – Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 10, 12(1), 21.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BRAULT, 489.

3. Public Service employment – Appointments – Public Service employee assigned to different functions pending classification of a new position for such functions – Distinction between the creation and the classification of a position – Whether the assignment of the employee was an appointment to a position within the meaning of the Public Service Employment Act – Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21.

DORÉ v. CANADA, 503.

## LEASES

Chattel lease – Breach by lessee – Proper method of determining damages – Whether general principles of assessment of damages for breach of contract applicable or whether lessor's remedies limited to proceeds of resale plus rental payments due at time of seizure.

KENERIC TRACTOR SALES LTD. v. LANGILLE, 440.

---

## LIMITATION OF ACTIONS

Nuisance – Liability of the Crown for damage to orchards from road salt – Determination of appropriate limitation period.

SCHENCK v. ONTARIO (MINISTER OF TRANSPORTATION AND COMMUNICATIONS); ROKEBY v. ONTARIO, 289.

---

## MUNICIPAL LAW

By-laws – By-law relating to construction of municipal building and loan to pay cost – By-law approved by small majority of voters – Legal delay between publication of poll notice and day of poll not observed – Whether failure to observe this formal requirement invalidated poll and by-law – Cities and Towns Act, R.S.Q. 1964, c. 193, ss. 335, 399, 400, 593.

THÉBERGE v. MÉTABETCHOUAN (TOWN OF), 746.

---

## PRACTICE

Motion to strike – Family law – Appellant (a non-custodial parent) deliberately denied access to children notwithstanding court orders specifying access – Respondents' conduct resulting in appellant's incurring considerable expense and undergoing severe emotional and psychic stress – Whether or not appellant has a right of action based on respondents' interference with his legal right of access to his children – Family Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 152, s. 69(4) – Children's Law Reform Act, R.S.O. 1980, c. 68 (as am.), ss. 19(a), (d), 24, 35, 36, 37(1), (2), (5), 38, 39, 40 – Ontario Rules of Practice, Rule 126.

FRAME v. SMITH, 99.

---

## TORTS

Nuisance – Orchards damaged by use of salt as the de-icing agent on adjoining highway – Liability of the Crown for damage to orchards from road salt.

SCHENCK v. ONTARIO (MINISTER OF TRANSPORTATION AND COMMUNICATIONS); ROKEBY v. ONTARIO, 289.

# INDEX

## ACTIONS

Conclusions – Demande reconventionnelle et compensation – Échange de biens-fonds et d'hypothèques – Cession d'une des hypothèques touchant à la réciprocité – Possibilité d'obtenir soit la compensation en *common law*, soit la compensation en *equity*.

HOLT C. TELFORD, 193.

---

## APPEL

Question théorique – Appel annulé.

HOWARD C. TRIBUNAL DISCIPLINAIRE DES DÉTENUS DE L'ÉTABLISSEMENT DE STONY MOUNTAIN, 687.

---

## BAUX

Location de biens meubles – Violation des contrats de location par le locataire – Méthode appropriée pour déterminer les dommages-intérêts – Les principes généraux d'évaluation des dommages-intérêts pour la violation d'un contrat s'appliquent-ils ou le recours du bailleur est-il limité au produit de la revente plus les paiements de location dus au moment de la saisie?

KENERIC TRACTOR SALES LTD. C. LANGILLE, 440.

---

## CONTRATS

1. Dommages-intérêts – Location de biens meubles – Violation des contrats de location par le locataire – Méthode appropriée pour déterminer les dommages-intérêts – Les principes généraux d'évaluation des dommages-intérêts pour la violation d'un contrat s'appliquent-ils ou le recours du bailleur est-il limité au produit de la revente plus les paiements de location dus au moment de la saisie?

KENERIC TRACTOR SALES LTD. C. LANGILLE, 440.

2. Soumission expressément irrévocable pendant un délai fixé ou jusqu'à l'acceptation d'une autre soumission – Soumission ouverte et acceptée – Erreur dans la préparation de la soumission – L'entrepreneur n'a pas le droit de refuser d'exécuter le contrat.

CALGARY (VILLE DE) C. NORTHERN CONSTRUCTION Co., 757.

---

## DÉPENS

Arrêt accueillant le pourvoi muet sur les dépens – L'arrêt rendu par cette Cour devrait-il être modifié par l'adjudication

## DÉPENS — Fin

des dépens comme entre avocat et client? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 758, 771(3) – Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 49.

R. C. TRASK, 304.

---

## DROIT ADMINISTRATIF

1. Évocation – *Audi alteram partem* – Infractions relatives à une loi provinciale – Décision d'instruire la cause ailleurs que dans le district judiciaire où elle a pris naissance rendue en l'absence des parties et sans avis préalable – Violation de la règle *audi alteram partem* – Bref d'évocation accordé – Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 128 – Code de procédure civile, art. 846, 847.

SUPERMARCHÉS JEAN LABRECQUE INC. C. FLAMAND, 219.

2. Évocation – *Audi alteram partem* – Infractions relatives à une loi provinciale – Audience fixant la date du procès tenue en l'absence des parties et sans avis préalable – Fixation de la date du procès ne constituant pas un acte de pure administration – Violation de la règle *audi alteram partem* – Bref d'évocation accordé – Code de procédure civile, art. 846, 847.

SUPERMARCHÉS JEAN LABRECQUE INC. C. FLAMAND, 219.

3. Intervention dans une instance devant un tribunal administratif – Un agent de l'État dont la charge a été créée par une loi a-t-il le pouvoir légal d'intervenir devant un tribunal administratif avec l'autorisation du tribunal? – Pouvoir du tribunal d'autoriser l'intervention – Loi sur la concurrence, S.C. 1986, chap. 26, art. 97 (anciennement Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 27.1, aj. 1974-75-76, chap. 76, art. 9), 98 – Public Utilities Act, R.S.N. 1970, chap. 322, art. 14, 18, 23g), 40, 60, 73, 81, 96 (mod. 1975-76, No. 56, art. 9), 113(2).

CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES EN VERTU DE LA LOI RELATIVE AUX ENQUÊTES SUR LES COALITIONS) C. NEWFOUNDLAND TELEPHONE Co., 466.

4. Intervention dans une instance devant un tribunal administratif – Un agent de l'État dont la charge a été créée par une loi a-t-il le pouvoir légal d'intervenir devant un tribunal administratif avec l'autorisation du tribunal? – Pouvoir du tribunal d'autoriser l'intervention – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23.

CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES EN VERTU DE LA LOI RELATIVE AUX ENQUÊTES SUR LES COALITIONS) C. NEW BRUNSWICK TELEPHONE Co., 485.

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

1. Partage des pouvoirs – Restriction par une province des activités politiques des fonctionnaires et employés de Sa Majesté dans le cadre d'élections fédérales – Ces restrictions relèvent-elles de la compétence de la province? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92(1), (4), (13) – Loi constitutionnelle de 1982, art. 45 – The Public Service Act, R.S.O. 1970, chap. 386, art. 12(1), (2), (3), (4), (5), 13(1), (2), 14, 15, 16, maintenant R.S.O. 1980, chap. 418.

SEFPO C. ONTARIO (PROCURER GÉNÉRAL), 2.

2. Partage des pouvoirs – Compétence en matière de droit criminel – Nudité – Loi provinciale sur les licences et permis d'alcool prévoyant la délivrance de licences de spectacles sur scène sous réserve de certaines conditions – Conditions interdisant les spectacles de nudité – Ces conditions provinciales empiètent-elles sur le droit criminel et sont-elles inconstitutionnelles? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 159(2b), 163, 169, 170, 171 – Loi sur la réglementation des alcools, L.R.N.-B. 1973, chap. L-10, art. 63.01.

RIO HOTEL LTD. C. NOUVEAU-BRUNSWICK (COMMISSION DES LICENCES ET PERMIS D'ALCOOL), 59.

3. Charte des droits – Justice fondamentale – Délinquant dangereux – Procédure à suivre pour obtenir qu'une personne soit déclarée «délinquant dangereux» – Demande visant à faire déclarer qu'une personne est un «délinquant dangereux» faite après l'inscription d'un plaidoyer de culpabilité relativement aux infractions en question – Y a-t-il une violation du droit à ce qu'il ne soit porté atteinte à la liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.

R. C. LYONS, 309.

4. Charte des droits – Détention arbitraire – Délinquant dangereux – Peine de détention pour une période indéterminée – L'imposition d'une peine d'une durée indéterminée porte-t-elle atteinte au droit à la protection contre la détention arbitraire? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 9 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.

R. C. LYONS, 309.

5. Charte des droits – Procédures en matière criminelle – Délinquant dangereux – Déclaration qu'une personne est un «délinquant dangereux» relève de la détermination de la peine et doit se faire par le juge – Imposition d'une peine d'une durée indéterminée due au statut de délinquant dangereux – Y a-t-il atteinte au droit de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue est un emprisonnement de plus de cinq ans? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.

R. C. LYONS, 309.

6. Charte des droits – Peine cruelle et inusitée – Délinquant dangereux – Imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée lorsqu'une personne est déclarée «délinquant dangereux» – La détention pour une période indéterminée constitue-t-elle une peine cruelle et inusitée? – Charte

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

canadienne des droits et libertés, art. 12 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.

R. C. LYONS, 309.

7. Charte des droits – Liberté de la personne – Extrait certifié du dossier de conduite automobile produit par le ministère public pour prouver les condamnations antérieures de l'accusé – L'omission du ministère public de donner un avis suffisant de son intention de faire sa preuve au moyen d'un certificat constitue-t-elle une violation de l'art. 7 de la Charte?

R. C. ALBRIGHT, 383.

8. Charte des droits – Droit à un avocat – Conduite d'un véhicule avec facultés affaiblies – Prévenu informé par la police de son droit à un avocat – Appel téléphonique du prévenu à sa femme pour lui demander de rejoindre un avocat – Échantillon d'haleine demandé par la police immédiatement après l'appel – Y a-t-il eu violation du droit à un avocat? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. TREMBLAY, 435.

9. Charte des droits – Admissibilité d'une preuve – Déconsidérer l'administration de la justice – Conduite d'un véhicule avec facultés affaiblies – Prévenu informé par la police de son droit à un avocat – Appel téléphonique du prévenu à sa femme pour lui demander de rejoindre un avocat – Échantillon d'haleine demandé par la police immédiatement après l'appel – Violation du droit à un avocat – La preuve de l'alcootest doit-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte?

R. C. TREMBLAY, 435.

10. Charte des droits – Normes d'application de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés.

R. C. DAWSON, 461.

11. Charte des droits – Délinquant dangereux – Détention pour une période indéterminée – Statut de délinquant «dangereux» résultant d'une déclaration de culpabilité de «sévices graves à la personne» – «Dangerosité» de l'accusé établie en fonction d'un crime ultérieurement exclu de la définition de «sévices graves à la personne» – A-t-on violé les garanties de la Charte relativement à la justice fondamentale, à la protection contre la détention arbitraire, aux droits minimaux en matière de procédure criminelle et à la protection contre les peines cruelles et inusitées? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 11, 12, 24(1).

R. C. MILNE, 512.

12. Charte des droits – Droit à un avocat – Accusé informé de son droit à un avocat lors de son arrestation – Déclaration inculpatoire écartée par le juge du procès pour violation du droit de l'accusé à un avocat – Aucune preuve que l'accusé n'a pas compris la nature de son droit – Le droit de l'accusé à un avocat a-t-il été violé? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. BAIG, 537.

13. Charte des droits – Affaires criminelles et pénales – Double péril – Policier accusé de voies de fait simples aux termes du Code criminel et d'une infraction majeure ressortissant

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

au service aux termes de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada à l'égard de la même conduite – La déclaration de culpabilité relativement à une infraction majeure ressortissant au service empêche-t-elle que des procédures ultérieures ne soient engagées aux termes du Code criminel? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11, 24(1) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 245(1) – Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, S.R.C. 1970, chap. R-9, art. 25(1), 36(1).

R. C. WIGGLESWORTH, 541.

14. Charte des droits – Affaires criminelles et pénales – Droit à un tribunal indépendant et impartial – Comparation d'un agent accusé d'infractions majeures ressortissant au service devant le surintendant de la police – L'article 11 de la Charte s'applique-t-il dans les circonstances? – Dans l'affirmative, les procédures sont-elles incompatibles avec l'art. 11? – Dans l'affirmative, l'article premier permet-il de justifier le règlement? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) – Règlement 791, R.R.O. 1980, Code of Offences, art. 1a)(iv), c)(x).

BURNHAM C. POLICE DE LA COMMUNAUTÉ URBAINE DE TORONTO, 572.

15. Charte des droits – Affaires criminelles et pénales – Droit à un tribunal indépendant et impartial – Comparation d'un agent accusé d'infractions majeures ressortissant au service devant le surintendant de la police – L'article 11 de la Charte s'applique-t-il dans les circonstances? – Dans l'affirmative, les procédures sont-elles incompatibles avec l'art. 11? – Dans l'affirmative, l'article premier permet-il de justifier le règlement? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) – Règlement 791, R.R.O. 1980, Code of Offences, art. 1a)(i).

TRUMBLEY ET PUGH C. POLICE DE LA COMMUNAUTÉ URBAINE DE TORONTO, 577.

16. Charte des droits – Affaires criminelles et pénales – Droit à un tribunal indépendant et impartial – Comparation d'un agent accusé d'infractions majeures ressortissant au service devant le surintendant de la police – L'article 11 de la Charte s'applique-t-il dans les circonstances? – Dans l'affirmative, les procédures sont-elles incompatibles avec l'art. 11? – Dans l'affirmative, l'article premier permet-il de justifier le règlement? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) – Règlement 791, R.R.O. 1980, art. 3, 5(11), 6, 13, 16(4), (9), (15), 19(1), 20(2), (3), 24, Code of Offences.

TRIMM C. POLICE RÉGIONALE DE DURHAM, 582.

17. Répartition des pouvoirs législatifs – Administration de la justice et droit criminel – Commission d'enquête provinciale – Enquête sur des présumés méfaits qu'auraient commis des agents de police provinciaux – Commission dotée du pouvoir d'obliger les témoins à déposer sous serment – Validité du décret créant la Commission – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(6), (14), (16).

O'HARA C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 591.

18. Charte des droits – Justice fondamentale – Présomption d'innocence – Meurtre par imputation – Mort causée par un complice au cours d'un vol qualifié – Preuve d'une conduite

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la *mens rea* relativement à la mort de la victime – Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel – L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. VAILLANCOURT, 636.

19. Charte des droits – Justice fondamentale – Présomption d'innocence – Meurtre par imputation – Mort causée par un complice au cours de la perpétration d'une introduction par effraction et d'un vol qualifié – Preuve d'une conduite intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la *mens rea* relativement à la mort de la victime – Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel – L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 et 11d) de la Charte?

R. C. LAVIOLETTE, 667.

**DROIT CRIMINEL**

1. Verdict imposé – Preuve circonstancielle – Crime d'incendie – Requête en vue d'obtenir un verdict imposé d'acquiescement – Critère applicable par le juge du procès.

R. C. MONTELEONE, 154.

2. Appel – Verdict déraisonnable – Critère – Accusé déclaré coupable de meurtre d'après une preuve circonstancielle – Interprétation et application de l'art. 613(1a)(i) du Code criminel.

R. C. YEBES, 168.

3. Preuve – Suffisance – Accusation de meurtre – Preuve de mobile et d'occasion – L'accusé a-t-il eu une occasion exclusive de commettre le crime?

R. C. YEBES, 168.

4. Citation des témoins à comparaître – Condamnation pour meurtre – Le ministère public a-t-il omis de citer un témoin essentiel?

R. C. YEBES, 168.

5. Pourvois à la Cour suprême du Canada – Compétence – Questions de droit – Rejet par la Cour d'appel de l'appel de l'accusé fondé sur l'art. 613(1a)(i) du Code criminel – L'article 613(1a)(i) soulève-t-il une question de droit qui peut être examinée par la Cour suprême aux termes de l'art. 618 du Code criminel?

R. C. YEBES, 168.

6. Complot – Éléments du complot – Les appelants et un coaccusé sont accusés sous des chefs séparés de complot en vue de faire le trafic de deux stupéfiants – La preuve d'un complot en vue de perpétrer l'un des actes interdits justifie la déclaration de culpabilité.

R. C. ACKWORTH, 291.

## DROIT CRIMINEL—Suite

7. Interception des communications privées – Clause générale autorisant l'interception des communications privées s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que l'interception peut faciliter l'enquête – Clause invalide dissociable du reste de l'autorisation.

R. C. ACKWORTH, 291.

8. Agression sexuelle – Définition de l'infraction d'agression sexuelle – Infraction requérant une intention générale plutôt que spécifique – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 244, 246.1.

R. C. CHASE, 293.

9. Détermination de la peine – Délinquant dangereux – Procédure à suivre pour obtenir qu'une personne soit déclarée «délinquant dangereux» – Imposition d'une peine de détention pour une période indéterminée suite à une déclaration qu'une personne est un «délinquant dangereux» – Demande visant à faire déclarer qu'une personne âgée de 16 ans est un «délinquant dangereux» présentée après qu'elle eut inscrit un plaidoyer de culpabilité – Y a-t-il eu violation des art. 7, 9, 11 et 12 de la Charte ou de l'un ou l'autre de ces articles? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 11, 12 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, partie XXI.

R. C. LYONS, 309.

10. Sentence – Preuve de déclarations de culpabilité antérieures – Refus de fournir des échantillons d'haleine – Extrait certifié du dossier de conduite automobile produit par le ministère public pour prouver les condamnations antérieures de l'accusé – Admissibilité de ce certificat – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(2) – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 37 – Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288, art. 75.

R. C. ALBRIGHT, 383.

11. Pouvoirs de la Cour d'appel – Cour d'appel ordonnant la réouverture du procès – La Cour d'appel avait-elle compétence pour rendre cette ordonnance en vertu de l'art. 613(2) du Code criminel?

R. C. BÉLAND, 398.

12. Pourvoi de plein droit – Aucune erreur de la Cour d'appel entraînant cassation.

R. C. AIELLO, 462.

13. Outrage au tribunal – Avocat cité à comparaître pour outrage au tribunal – Compétence – Un juge de la Cour provinciale peut-il connaître des poursuites pour outrage au tribunal devant un autre juge?

R. C. DOZ, 463.

14. Conduite dangereuse – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rejetant la conclusion du juge du procès selon laquelle l'accusé a conduit comme il l'a fait «probablement par nécessité»?

R. C. BRIGLIO, 465.

## DROIT CRIMINEL—Suite

15. Peines – Délinquant dangereux – Statut de délinquant «dangereux» résultant d'une déclaration de culpabilité de «sévi-ces graves à la personne» – «Dangerosité» de l'accusé établie en fonction d'un crime ultérieurement exclu de la définition de «sévi-ces graves à la personne» – La continuation de la détention de l'accusé dépend-elle du statut de délinquant «dangereux»? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 157, 687b).

R. C. MILNE, 512.

16. Moyens de défense – Charte des droits – Affaires criminelles et pénales – Double péril – Policier accusé de voies de fait simples aux termes du Code criminel et d'une infraction majeure ressortissant au service aux termes de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada à l'égard de la même inconnue – La déclaration de culpabilité relativement à une infraction majeure ressortissant au service empêche-t-elle que des procédures ultérieures ne soient engagées aux termes du Code criminel? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 11, 24(1) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 245(1) – Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, S.R.C. 1970, chap. R-9, art. 25(1), 36(1).

R. C. WIGGLESWORTH, 541.

17. Meurtre au premier degré – Attentat à la pudeur commis sur un jeune garçon – Enfant tué par l'accusé après l'attentat à la pudeur – L'assassinat de l'enfant par l'accusé était-il «concomitant» de l'attentat à la pudeur? – Sens du mot «concomitant» employé à l'époque à l'art. 214(5b) du Code criminel.

R. C. PARÉ, 618.

18. Meurtre – Classification – L'article 214 du Code criminel ne crée pas une infraction matérielle précise distincte de meurtre – L'article 214 classifie, aux fins de la détermination de la peine, les infractions prévues aux art. 212 et 213 du Code.

R. C. PARÉ, 618.

19. Meurtre par imputation – Justice fondamentale – Présomption d'innocence – Mort causée par un complice au cours d'un vol qualifié – Preuve d'une conduite intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la *mens rea* relativement à la mort de la victime – Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel – L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. VAILLANCOURT, 636.

20. Meurtre par imputation – Justice fondamentale – Présomption d'innocence – Mort causée par un complice au cours de la perpétration d'une introduction par effraction et d'un vol qualifié – Preuve d'une conduite intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la *mens rea* relativement à la mort de la victime – Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel – L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 et 11d) de la Charte?

R. C. LAVIOLETTE, 667.



**DROIT CRIMINEL—Suite**

21. Complot – Complot en vue de faire le trafic de stupéfiants – Verdict d'acquiescement imposé – Y avait-il des éléments de preuve en fonction desquels un jury pouvait raisonnablement prononcer une déclaration de culpabilité?

R. C. GENSER, 685.

22. Dénonciation – Caractère suffisant – Vol – La dénonciation satisfait-elle aux exigences de l'art. 510(3) du Code criminel?

R. C. COLGAN, 686.

23. Appel du ministère public – Question de droit seulement – Intention – Verdict d'homicide involontaire coupable annulé en appel et nouveau procès ordonné sur l'accusation originale de meurtre au deuxième degré – L'intention de l'accusé est une question de fait – Verdict d'homicide involontaire coupable rétabli.

R. C. RUBIO, 688.

24. Stupéfiants – Possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic – Nature de la substance saisie – Procédure d'analyse – «Preuve contraire» au sens de l'art. 9 de la Loi sur les stupéfiants – Erreur du juge du procès relativement à la portée de l'arrêt *Oliver*.

R. C. ST-PIERRE, 690.

25. Pourvoi de plein droit – La dissidence en Cour d'appel ne porte pas sur une question de droit.

R. C. UDDIN, 692.

26. Pourvoi de plein droit – Accusé déclaré coupable de négligence criminelle causant la mort – Déclaration de culpabilité confirmée par la Cour d'appel à la majorité – Pourvoi en Cour suprême du Canada ne constituant qu'une invitation à examiner le caractère suffisant de la preuve – Pourvoi rejeté.

R. C. URBANOVICH, 693.

27. Jury – Formation du jury – Procédure – Interrogatoire de membres du tableau des jurés après l'interpellation et le plaider en vue de décider de l'opportunité de les libérer pour cause de liens avec l'affaire ou de partialité due à la publicité ayant précédé le procès – Sélection effectuée privément entre le juge et le juré, dans la salle d'audience mais sans que l'accusé et son avocat puissent entendre – Accusé autorisé à demander la récusation motivée des jurés restants – La procédure est-elle irrégulière? – Dans l'affirmative, le procès de l'appelant est-il entaché de nullité de sorte que le pourvoi formé contre la déclaration de culpabilité devrait être accueilli? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 110(1)d), 423(1)d), 558, 567, 569(2), 573, 577, 598, 599, 600, 613(1)b)(iii), – Juries Act, S.N.S. 1969, chap. 12, art. 1m), 4(2).

R. C. BARROW, 694.

28. Complot pour obtenir des contributions au profit du parti au pouvoir en recourant à un trafic d'influence – Un parti politique est-il une «personne»? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 110(1)d).

R. C. BARROW, 694.

**DROIT CRIMINEL—Fin**

29. Preuve d'un complot – Règle du ouï-dire et exception dans les cas de complot – Les directives du juge étaient-elles appropriées?

R. C. BARROW, 694.

**DROIT DE LA FAMILLE**

1. Garde et droit de visite – Refus délibéré au parent non gardien du droit de visite à l'égard de ses enfants malgré les ordonnances du tribunal à cet effet – Refus du droit de visite causant à l'appelant des frais considérables et un grave stress émotionnel et psychique – L'appelant a-t-il un droit d'action fondé sur l'ingérence des intimés dans son droit légal de visite à l'égard de ses enfants?

FRAME C. SMITH, 99.

2. Garde d'enfants – Autorité parentale – Condition d'attribution de la garde à un tiers – Existe-t-il un motif grave au sens de l'art. 654 C.c.Q. qui permette de prononcer la déchéance partielle du titulaire de l'autorité parentale en lui retirant son droit de garde? – Le critère de l'intérêt de l'enfant énoncé à l'art. 30 C.c.B.-C. permet-il d'attribuer l'exercice de la garde à un tiers en l'absence d'un motif grave imputable au titulaire de l'autorité parentale? – La distinction entre la garde «physique» et la garde «légale» est-elle admise en droit civil québécois?

C.(G.) c. V.-F.(T.), 244.

**DROIT DU TRAVAIL**

1. Tribunal du travail – Juridiction – Infractions relatives à une loi provinciale – Défaut de procéder à l'heure et à l'endroit fixés – Le tribunal a-t-il perdu sa juridiction? – Code du travail, L.R.Q., chap. C-27, art. 128.

SUPERMARCHÉS JEAN LABRECQUE INC. c. FLAMAND, 219.

2. Emploi dans la Fonction publique – Nominations – Création de la fonction additionnelle de «maître-chien» pour le poste déjà existant d'inspecteur des douanes – Nouvelle fonction exigeant des qualifications spéciales supplémentaires – L'affectation d'inspecteurs des douanes à la fonction de maître-chien constitue-t-elle une nomination à un poste au sens de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique? – Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 10, 12(1), 21.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. BRAULT, 489.

3. Emploi dans la Fonction publique – Nominations – Employée de la Fonction publique affectée à des fonctions différentes en attendant la classification d'un nouveau poste pour ces fonctions – Distinction entre la création et la classification d'un poste – L'affectation de l'employée constituait-elle une nomination à un poste au sens de la Loi sur

**DROIT DU TRAVAIL—Fin**

l'emploi dans la Fonction publique? – Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 21.

DORÉ C. CANADA, 503.

**DROIT MUNICIPAL**

Règlements – Règlement relatif à la construction d'un édifice municipal et à un emprunt pour en acquitter le coût – Règlement approuvé par une faible majorité d'électeurs – Non-respect du délai légal entre la publication de l'avis de scrutin et le jour du scrutin – L'inobservation de cette formalité entraîne-t-elle la nullité du scrutin et du règlement? – Loi des cités et villes, S.R.Q. 1964, chap. 193, art. 335, 399, 400, 593.

THÉBERGE C. MÉTABETCHOUAN (VILLE DE), 746.

**IMPÔT SUR LE REVENU**

Infractions – Contribuable condamné pour avoir refusé d'obtempérer à une demande de renseignements du ministre dans le délai fixé – Seconde demande du ministre visant les mêmes renseignements – Contribuable de nouveau condamné pour avoir refusé d'obtempérer à la seconde demande – Le refus du contribuable d'obtempérer à une nouvelle demande de renseignements constitue une nouvelle infraction – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 231(3), 238(2).

R. C. GRIMWOOD, 755.

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES**

Chose jugée – Garde d'enfants – Rejet de la requête pour garde d'enfants présentée par un tiers – Faits nouveaux – Nouvelle requête pour garde accueillie – Jugement relatif aux enfants révisable à tout moment lorsque les circonstances le justifient.

C.(G.) C. V.-F.(T.), 244.

**LIBERTÉS PUBLIQUES**

Violation – Responsabilité – Employée harcelée sexuellement par un surveillant – L'employeur est-il responsable des actes du surveillant? – Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 2, 3, 7a), b), 41(2), (3).

ROBICHAUD C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR), 84.

**PRATIQUE**

Requête en radiation – Droit de la famille – Refus délibéré à l'appelant (un parent non gardien) du droit de visite à l'égard de ses enfants malgré des ordonnances du tribunal à cet effet –

**PRATIQUE—Fin**

Conduite des intimés causant à l'appelant des frais considérables et un grave stress émotionnel et psychique – L'appelant a-t-il un droit d'action fondé sur l'ingérence des intimés dans son droit légal de visite à l'égard de ses enfants? – Loi portant réforme du droit de la famille, L.R.O. 1980, chap. 152, art. 69(4) – Loi portant réforme du droit de l'enfance, L.R.O. 1980, chap. 68 (mod.), art. 19a), d), 24, 35, 36, 37(1), (2), (5), 38, 39, 40 – Règles de pratique de l'Ontario, art. 126.

FRAME C. SMITH, 99.

**PRESCRIPTION**

Nuisance – Responsabilité du gouvernement pour les dommages causés aux vergers par le sel utilisé sur la route – Détermination de la période de prescription approprié.

SCHENCK C. ONTARIO (MINISTRE DES TRANSPORTS ET DES COMMUNICATIONS); ROKEBY C. ONTARIO, 289.

**PREUVE**

1. Crime d'incendie – Aucun élément de preuve direct que le feu a été mis illégalement – L'origine criminelle du sinistre peut-elle être démontrée par une preuve circonstancielle?

R. C. MONTELEONE, 154.

2. Preuve de déclarations de culpabilité antérieures – Preuve documentaire – Audience relative à la sentence – Extrait certifié du dossier de conduite automobile produit par le ministère public pour prouver les condamnations antérieures de l'accusé – Admissibilité de ce certificat – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 7(2) – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 37 – Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, chap. 288, art. 75.

R. C. ALBRIGHT, 383.

3. Oûi-dire – Audience relative à la sentence – Extrait certifié du dossier de conduite automobile produit par le ministère public pour prouver les condamnations antérieures de l'accusé – Admissibilité de la preuve par oûi-dire à l'audience relative à la sentence lorsqu'elle est crédible et digne de foi.

R. C. ALBRIGHT, 383.

4. Lois provinciales concernant la preuve – Applicabilité – Affaires criminelles – Portée de l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada – L'article 37 se limite-t-il à la preuve de faits relevant de la compétence provinciale?

R. C. ALBRIGHT, 383.

5. Preuve obtenue par détecteurs de mensonges – Règles d'exclusion – Accusés niant avoir participé à un complot en vue de commettre un vol qualifié – Rejet de la requête des accusés qui demandaient à passer un test par détecteur de mensonges et à produire les résultats en preuve – Une telle preuve est-elle admissible?

R. C. BÉLAND, 398.

**PREUVE—Fin**

6. Admissibilité – Déconsidérer l'administration de la justice – Conduite d'un véhicule avec facultés affaiblies – Prévenu informé par la police de son droit à un avocat – Appel téléphonique du prévenu à sa femme pour lui demander de rejoindre un avocat – Échantillon d'haleine demandé par la police immédiatement après l'appel – Violation du droit à un avocat – La preuve de l'alcootest doit-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte?

R. C. TREMBLAY, 435.

7. Preuve de bonne moralité – Pertinence – Les directives du juge étaient-elles appropriées?

R. C. BARROW, 694.

**PROCÉDURE CIVILE**

Rejet d'un appel – Retard dans la production du mémoire de l'appelant – Pouvoir discrétionnaire du juge – Le juge a-t-il correctement exercé son pouvoir discrétionnaire? – Un délai additionnel pour signifier et produire le mémoire en Cour d'appel doit-il être accordé? – Code de procédure civile, art. 505.

FISCH C. WHITE, 535.

**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

Nuisance – Vergers endommagés par le sel utilisé comme agent antigel sur la route voisine – Responsabilité du gouvernement pour les dommages causés aux vergers par le sel utilisé sur la route.

SCHENCK C. ONTARIO (MINISTRE DES TRANSPORTS ET DES COMMUNICATIONS); ROKEBY C. ONTARIO, 289.

**TRIBUNAUX**

1. Examen par une juridiction d'appel – Allégation de contrat verbal de cession de bien-fonds – Constatation de l'inexistence d'un contrat par le juge de première instance infirmée par la juridiction d'appel – Le juge de première instance a-t-il conclu à l'inexistence d'un contrat verbal? – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant sa propre version des faits – Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, chap. C-42, art. 8.

LENSEN C. LENSEN, 672.

2. Appel – Preuve – La Cour d'appel a commis une erreur en substituant son appréciation de la preuve à celle du juge de première instance.

KLIMASHEWSKI C. SUCCESSION KLIMASHEWSIK, 754.



*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*